Die Haftung des Käufers für die vom Verkäufer auf die Kaufsache gemachten Verwendungen.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

juristischen Fakultät der Landes-Universität Rostock

vorgelegt von

Max Janssen,
aus Crefeld, z. Z. Referendar am Landgericht in Düsseldorf.

AGAD. BIBL.

Rostock,
H. Winterberg's Buchdruckerei.
1903.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549203_0075

§ 1.

Die Lehre von den Verwendungen war auf Grund der gemeinrechtlichen Vorschriften noch nicht hinreichend klar und vollständig entwickelt, auch nach Einführung des bürgerlichen Gesetzbuches harrt diese Lehre noch des Abschlusses und der Vervollkommnung.

Wir finden durchweg im gemeinen Recht wie auch in den Partikularrechten in dieser Materie nur eine versreute und wenig einheitliche Aufstellung allgemeiner Grundsätze; die legislatorischen Versuche einer generellen Regelung mussten schon bei der Mannigfaltigkeit und Verschiedenartigkeit der den Verwendungen zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisse scheitern.

Bei dieser Sachlage wird es gerechtfertigt sein, wenn die Erörterung zunächst bei den einzelnen Anwendungsfällen einsetzt.

Um das Fundament zu unseren Ausführungen über die Haftung des Käufers für die vom Verkäufer auf die Kaufsache gemachten Verwendungen zu legen, wollen wir aber zwei allgemeine Momente aus der Lehre von den Verwendungen herausnehmen und prüfen, nämlich den Begriff der Verwendungen und den gemeinsamen Inhalt des Anspruches auf Ersatz von Verwendungen.

Das gemeine Recht kannte einen umfassenden terminus technicus der Verwendungen nicht. Nach Wesen und Inhalt mehr oder weniger übereinstimmend sind die Ausdrücke: Impensae (l. 38 D. 5,3), expensae

(l. 39 § 1 D. 4,4), impendium (l. 27 § 4 D. 17,1), meliorationes (l. 3 C. 4,66), sumtus (l. 79 D. 5,1).[1]

Mit Ausnahme der Bestimmung des sächsischen bürgerlichen Gesetzbuches[2] hat der Gesetzgeber es geflissentlich vermieden, eine Begriffsbestimmung der Verwendungen zu geben, und es Sache der fortschreitenden Rechtsentwickelung und der Jurisprudenz sein lassen, sich mit diesem Begriffe abzufinden.

Das sächsiche bürgerliche Gesetzbuch § 77 bestimmt: »Unter Verwendungen werden der auf eine Sache gemachte Aufwand und die durch die Sache gemachten Unkosten begriffen.«

Die Motive zum Entwurf I des BGB.[3] versuchen eine Definition der Verwendungen zu geben, indem sie zu § 936 des Entwurfes sagen, »dass unter Verwendungen auf eine Sache solche Geschäfte zu verstehen sind, deren wirtschaftlicher Erfolg dem Dinglich-Berechtigten in irgend einer Weise zu Gute kommt.« Nicht als Verwendungen werden angesehen Zubehör und die Verwendungen, die nicht wesentliche Bestandteile der Hauptsache geworden sind.

Mit Recht bemängelt Weidemann[4] diese Definition mit folgenden Thesen:

1. der Verwendungsbegriff ist nicht auf Sachen beschränkt;

2. die Hervorhebung des wirtschaftlichen Erfolges gehört nicht in die Definition — denn Wesen und wirtschaftlicher Erfolg sind verschiedene Dinge.

3. Die Charakterisierung der Verwendungen als Geschäfte ist unrichtig oder doch unklar. Verwendungen des gutgläubigen Besitzers und Verwendungen bestehend in körperlichen Arbeiten sind keine Rechtsgeschäfte sondern Handlungen.

---

[1]) Weidemann S. 3ff.
[2]) § 77.
[3]) Bd. III, S. 411.
[4]) a. a. O.

Weidemann kommt, nachdem er möglichst verschiedenartige Verwendungen zergliedert und in Gruppen zusammengefasst hat, zu der Begriffsbestimmung, dass »Verwendungen juristische mit Aufopferung ökonomischer Werte verknüpfte Handlungen sind zu Gunsten eines Vermögensgegenstandes oder — komplexes, zu Gunsten einer sonstigen rechtlichen Beziehung oder zu Gunsten einer Persönlichkeit,« eine Definition die wegen ihrer Vollständigkeit die bisherigen übertrifft.

Weidemann[5] teilt die Verwendungen, indem er das Objekt betrachtet, auf welches sie gemacht worden sind, ein in Verwendungen 1) auf eine Sache, 2) auf ein Rdcht, 3) innerhalb eines Rechtsverhältnisses, 4) zu Gunsten einer Persönlichkeit, 5) auf einen Sach- Rechts- oder Vermögenskomplex.

Neumann[6] gruppiert die Verwendungen nach der Regelung ihres Ersatzanspruches 1) in Verwendungen des Beauftragten, 2) in Verwendungen des Geschäftsführers ohne Auftrag, 3) in Verwendungen des Besitzers, 4) in besonders geregelte Fälle, zu welchen gehören §§ 304, 500, 526, 592, 633, 652, 1466, 2066, 2381.

Die Verwendungen kann man auch scheiden:

1) nach ihrer Stellung im Rechtssystem in obligationsrechtliche, dingliche etc. Verwendungen,

2) nach ihrem wirtschaftlichen Wert: in notwendige, nützliche und luxuriöse oder notwendige und nicht notwendige Verwendungen. Zu den notwendigen Verwendungen gehören bei Eigentumsstreitigkeiten gemäss § 994 BGB. die gewöhnlichen Erhaltskosten der Sache und gemäss § 995 die Aufwendungen, die der Besitzer zur Bestreitung von Lasten der Sache macht (vergl. auch §§ 601, 2124 BGB).

---

[5]) S. 4./5.
[6]) I, S. 135—137.

Betrachtet das BGB. den Begriff der notwendigen Verwendungen vom objektiven Standpunkte aber unter Berücksichtigung eines konkreten Falles, so spricht es von Verwendungen, die den Umständen nach angemessen, geboten sind, z. B. in §§ 1387 II, 1416 II, 1464 II im Gegensatz zu unverhältnismässigen Aufwendungen wie in §§ 251, 2170.

Will das Gesetz das subjektive Urteil des Verwenders über den Wert der Verwendungen entscheiden lassen, so spricht es von Verwendungen, die er für erforderlich halten darf oder nicht.

Verschieden von dem allgemeinen Begriffe der notwendigen Verwendungen sind solche Verwendungen, die zu einem bestimmten Zwecke, aus einem bestimmten Grunde, auf einbestimmtes Objekt gemacht worden sind. So in §§ 102 592, 668, 669, 693, 1039, 1389, 1540 etc.

3) nach ihrem wirtschaftlichen Erfolg: ob sie den Wert des Objektes erhöhen oder nicht. (§ 500);

4) nach dem Gegenstand der Verwendungen; in Geldverwendungen und sonstige Verwendungen, Verwendungen von Bestandteilen des Grundstückes, Verwendung seiner Dienste, seiner Arbeitskraft etc. (§§ 668, 615, 642.)

5) nach der Person des Ersatzpflichtigen in solche, die seinem gewollten Interesse entsprechen oder nicht;

6) nach der Person des Verwenders: in solche, die er im guten Glauben oder vor litis contestatio gemacht hat.

7) Ohne Rücksicht auf einen Anspruch auf Ersatz von Verwendungen kann von einer Verwendung einerseits die Rede sein, wenn jemand eignen Kapitalwert auf eignes (§§ 450, 2133) wie auf fremdes Vermögen (§§ 669, 1540) verwendet, andererseits wenn jemand fremden Kapitalwert auf eignes (§§ 668, 1466) wie auf fremdes Vermögen (§§ 1039, 1046) verwendet.

§ 2.

Bei einer solchen Mannigfaltigkeit der Verwendungsarten erscheint es als schwierig, für alle Ansprüche auf Ersatz von Verwendungen gemeingültige Regeln aufzustellen.

Daher finden wir sowohl im römischen Recht wie in der späteren Gesetzgebung nur spezielle, für einzelne Rechtsverhältnisse getroffene Bestimmungen.

a. Insbesondere kannte das gemeine Recht eine prinzielle Regelung des Inhaltes der Verwendungsansprüche nach herrschender Ansicht nicht.

Bei der negotiorum gestio (vergl. l. 18, C. de neg. gest. 2,18), beim Pfandvertrag (vergl. l. 9. C. de r. p. 8,25), und bei der rei vindicatio (vergl. l 25, D. de r. v. 6,1) finden wir nur die Vorschrift, dass der Verwendungsgläubiger auch Zinsen verlangen kann. Jedoch bleibt es bei diesen Quellenaussprüchen im Unklaren, in welcher Höhe die Zinsen zu erstatten sind.

Über die Berechnung der Zinsen giebt l. 12 § 9, D. d. mand. 17,1 klaren Aufschluss . . nec tantum id, quod impendi, verum useras quoque consequar: usuras autem non tantum ex mora esse admittendas, verum indicem aestimare debere, si exegit quis et solvit, eum uberrimas usuras aequissimum erit rationem eius rei haberi: aut si ipse mutuatus gravibus usuris, sed etsi reum usuris non relevavit, ipsi autem et usurae absunt, vel si minoribus relevavit, ipsi autem maioribus foenus accepit, ut fidem suam liberaret, non dubito debere eium mandati indicio et usuras consequi.

Es handelt sich in dieser Stelle um den Ersatzanspruch des Beauftragten, und es bestimmt sich die Höhe der Verwendungszinsen nicht nach dem thatsächlichen Gewinn des Verpflichteten, sondern nach dem entgangenen Vorteil des Verwenders.

Gleiche Bestimmungen enthält l. 67 § 2 D. pro soc. 17,2, die besagt, dass der Gesellschafter für von ihm gemachte bare Auslagen soviel verlangen kann, als ihm das Kapital eingebracht hätte: si alii mutuum debisset.

Dasselbe besagt l. 18 § 4, D. de neg. gest. 3,5.

Natürlich können (nur) solche Zinsen von Verwendungen nur in soweit verlangt werden, als die Verwendungen selbst als gerechtfertigt erscheinen (so: l. 3 § 1 D. d. contr. tut act. 27. 4; l. 37 D. de us. 22,1.)

Dass der Zinsenanspruch beim Ersatz von Verwendungen dann nicht gegeben ist, wenn dem Aufwendenden die Früchte des betreffenden Gegenstandes verbleiben, auf welchen Verwendungen gemacht worden sind, besagt l. 60 § 2 D. ad. SC. Trebell, 36,1.

Es ist bemerkenswert, dass in den Quellen hauptsächlich vom Ersatz von Geldaufwendungen die Rede ist. Leicht erklärlich! Ist doch der häufigste Fall einer Verwendung im fremden Interesse eben die Ausgabe einer Geldsumme.

Damit soll aber durchaus nicht gesagt sein — wie es eine spätere Gesetzgebung bestimmte — dass nicht auch Verwendungen anderer Art als Geld zu ersetzen und damit verzinsbar sein. Allerdings ist nur ein einziges Fragment dieses Inhalts allgemein bekannt, nämlich l. 1 § 3 D. de per. et comm. 18,6:

Der Verkäufer ist dem in mora befindlichen Käufer gegenüber zum Ausgiessen des verkauften Weines berechtigt. Er thut es aber nicht, sondern bewahrt den Wein in den Fässern weiter auf, obschon er sie sonst für seine Zwecke gebrauchen konnte. Dann lautet die Entscheidung: . . . . . ea propter mercedem postest exigere, sed ita demum, si interfuit eius, inania esse vasa, in quibus vinum fuit — veluti si locaturus ea fuisset — vel si necesse habuit, alia conducere dolia.

Der Verkäufer bekommt also den etwaigen Mietzins ersetzt, auf den er durch die Unmöglichkeit anderweitiger Vermietung der Fässer hat verzichten müssen, oder den er für das Mieten anderer fremder Fässer hat bezahlen müssen.

Eine weitere wichtige Bestimmung enthält l. 45 pr. D. d. mand. 17,1:

Der Beauftragte hat das Recht, vom Auftraggeber zu verlangen, dass er ihn von seinen zum Zwecke der Ausführung des Auftrags eingegangenen Verpflichtungen befreit.

Petracycki[7] zieht aus der reichen Kasuistik des gemeinen Rechts den u. E. nicht allgemein anerkannten Schluss, dass die Bestimmungen über die Zinsenpflicht bei dem Ersatz der im vollen Umfange gerechtfertigten Verwendungen überall da anzuwenden sind, wo keine Ausnahme nachweisbar ist.

Die neueren Gesetzgebungen folgen meistens dem Prinzipe des römischen Rechts.[8] So insbesondere beim Auftrag betreffs der Pflicht zur Verzinsung von Geldaufwendungen und zur Befreiung von eingegangenen Verbindlichkeiten.[9]

b. Das BGB. regelt den allgemeinen Inhalt des Verwendungsanspruches in den §§ 256, 257. Die Entwürfe hatten diesen Anspruch nur für einzelne Rechtsverhältnisse geregelt.

Angeregt jedoch durch die scharfe Kritik Petracycki's beschloss auf Antrag der Regierungskommissare die Reichstagskommission eine prinzipielle Regelung dieses Ersatzanspruches.

Die Civilpolitik stellt nach Petracycki[10] folgende Forderungen für dem Umfang dieses Anspruches auf:

[7]) II, S. 169.
[8]) siehe Mot. II, S. 541 Nr. 3.
[9]) Mot. II, 542 Nr. 1.
[10]) II, S. 109.

1. Die Verwendung eigner Kapitalwerte von Seiten des Ersatzberechtigten in fremdem Interesse ist keineswegs nur eine Verschiebung der Güter, sondern auch eine Erhöhung der Produktivität des bewirtschafteten Objektes. Daher ist es billig, dass neben dem aufgeopferten Vermögen auch der volle Ersatz des aus diesem Vermögen entgangenen Einkommens gewährt wird.

2. Es soll aber nicht der aus dem geopferten Kapital vom Verpflichteten tatsächlich gezogene Gewinn, sondern nur das geopferte Einkommen aus ihm dem Gläubiger dieses Anspruches ersetzt werden. Denn es hiesse den Verwalter mit dem Gewinnteilnehmer verwechseln und das Verwaltungsverhältnis demoralisieren, wollte man gestatten, dass der Aufwendende mit den von ihm gemachten Aufwendungen spekulierte und Kapital aus ihnen zu schlagen suchte.

Es kommt also auf den wirtschaftlichen Erfolg des Aufwendungsgeschäftes garnicht an. Nicht der Nutzen, den das Kapital wirklich gebracht hat, muss restituiert werden, sondern nur das verlorene Einkommen aus demselben, welches der Aufwendende gehabt hätte, wenn er es nicht aufgewendet hätte.

Umgekehrt kann der Verwender diesen vollen entgangenen Gewinn aber auch dann verlangen, wenn der Nutzen der Impensen hinter der Höhe des Ersatzanspruches zurückbleibt oder das Verwendungsgeschäft gar zum Schaden des Geschäftsherrn ausgeschlagen ist.

Wenn wir zur schärferen Begrenzung dieses Anspruches ihn mit der Bedeutung des Instituts des Schadensersatzes vergleichen, so zeigt sich die grundverschiedene Natur des letzteren von dem Institut der »geopferten Einkünfte.«

»Die Schätzung der entzogenen Früchte wirkt der Entstehung und Fortsetzung einer unerwünschten species facti (Delikt, Verzug) entgegen.

Die Regeln über die geopferten Früchte begünstigen die Entstehung der erwünschten species facti.»[11]

Denn dort soll der Ersatzpflichtige angehalten, dem rechtswidrigen Zustande ein Ende zu machen, hier soll der Ersatzberechtigte angeregt werden, seine vom volkswirtschaftlichen Standpunkte nur segensreich zu nennende Verwaltungsthätigkeit fortzusetzen.

Ferner ist zum Unterschied beider Ansprüche zu sagen, dass bei der Berechnung des Interesses ausschliesslich und rücksichtslos das Interesse des geschädigten Gläubigers in Betracht kommt, während der Anspruch auf gemachte Verwendungen in gleicher Weise die Interessen beider Parteien veranschlagt. Es müssen nicht alle Verwendungen nebst entbehrtem Nutzen ersetzt werden, sondern nur in soweit, als sie selbst gerechtfertigt sind, soweit sie z. B. nicht den Interessen oder dem Willen des Ersatzpflichtigen entgegenstehen.

Sodann bringt der zum Ersatz verpflichtende Rechtsumstand dem Interesseschuldner niemals Gewinn; hat doch der morose Schuldner, der malae fidei possessor etc. sogar die fructus percipiendi zu ersetzen; aber sehr gut kann der Aufwendungsschuldner aus der Verwendungshandlung einen grösseren Gewinn erzielen, als er an Wert zu ersetzen braucht.

Ein Anspruch auf Interesseleistung hat ausserdem grundsätzlich ein Verschulden des Verpflichteten zur Voraussetzung, während eine culpa dem Wesen der Impensen fernliegt. Letzthin kann ein Anspruch auf Schadensersatz nur erhoben werden, wenn der Schaden wider Willen und Können des Berechtigten entstanden ist, während Verwendungen vom Berechtigten mit Absicht gemacht werden und in der Regel einer gewissen Freiwilligkeit nicht entbehren.

---

[11]) vergl. Petracycki II. S. 111.

Berücksichtigt man diese Gegensätze, so wird man finden, dass es irreführend ist und auf einer Verkennung des Wesens beider Begriffe beruht, wenn man Grundsätze aus der Lehre vom Interesse ohne Weiteres auf die Lehre von den Verwendungen übertragen will (vergl. Dernburg B. K. II 1 S. 82, III).[12]

Der begrifflichen Deduktion eines Anspruches auf Ersatz von Verwendungen wird das BGB. gereicht.

Wie die Hauptmasse der Quellenentscheidungen sich mit der Verwendung einer Geldsumme beschäftigt, so regelt auch § 256 BGB. zunächst die Zinsenpflicht für eine aufgewandte Geldsumme, um dann auch den Fall zu berücksichtigen, dass andere Gegenstände als Geld aufgewendet worden sind. In letzterem Falle kommt ihr Geldwert bei der Zinsenschätzung in Anschlag. Der Zeitpunkt der Umrechnung in Geldwert ist der der Verwendung.

Es wird ein Anspruch auf den vollen Betrag der gemachten Aufopferungen gegeben. Hierbei ist prinzipgerecht jedoch folgendes zu bemerken. Im Normalfalle können nur die gesetzlichen Zinsen zu 4 bezw. 5 v. H. gemäss § 346 BGB., § 352 HGB. verlangt werden.

Denn es erscheinen in der Regel solche Verwendungen als nicht mehr gerechtfertigt, sofern für sie ein höherer Wert an Einkommensverlust zu ersetzen ist, wie landesüblich ist. Hat z. B. der ersatzberechtigte Verwender eine ihm zustehende Forderung, die 6 v. H. Zinsen trug, eingezogen und damit eine zu 4 v. H. verzinsliche Schuld des Verpflichteten beglichen, so verstiesse es gegen Billigkeit und Recht, wollte man den Geschäftsherrn für Zinsen zu 6 v. H. haftbar machen. Denn es ist dem Verwender der berechtigte Vorwurf zu machen,

[12]) Auch RGE. Bd. 45, S. 300, vermischt in unklarer Weise den Impensenanspruch mit dem Anspruch auf Schadensersatz.

dass er nicht fremdes Kapital mit normalem Zinsfuss aufgenommen und zur Tilgung verwendet hat.

Anders liegt jedoch der Fall, wenn die Bezahlung der Schuld für den Verwendungsschuldner eine dringende war (z. B. drohende Konkurseröffnung, Gefahr der Entdeckung einer Wechselfälschung), und ein Tilgungsobjekt mit landesüblicher Entschädigung nicht aufzutreiben war. Dann allerdings muss ihm voller Ersatz des geopferten Einkommens geleistet werden.[13]

Andererseits kann nach den entwickelten Grundsätzen der Verwender nicht die gesetzlichen Zinsen verlangen, wenn sein Einkommensverlust geringer ist als diese betragen.

Es erhielte auch der Verwender nicht vollen Ersatz seiner geopferten Einkünfte, wollte man die Zinsenpflicht nach der allgemeinen Regel erst vom Verzuge oder von der Klageerhebung abhängig machen. Daher bestimmt § 256 BGB., dass der zu ersetzende Aufwendungsbetrag schon von der Zeit der Aufwendung an zinstragend sein soll.

Eine sehr natürliche und gerechte Einschränkung dieser Grundregel enthält § 256, Satz 2. Der Ersatzberechtigte, welcher die Früchte des herauszugebenden Gegenstandes ohne Vergütung behält, hat immer in den von ihm gezogenen Früchten des Gegenstandes und seiner Verwendungen einen mehr wie ausreichenden Ersatz für die Zinsen, die er eventuell beanspruchen könnte. Es entspricht daher der vernünftigen Tendenz eines Gesetzes, dass es in einem solchen Falle einen gesetzlichen Zinsanspruch ausschliesst.

Der gleiche Rechtsgedanke liegt der besprochene l. 60 § 2 D. 36,1 zu Grunde.

Eine einleuchtende Modifikation der Ersatzpflicht enthält § 257 BGB:

[13]) vergl. Petracycki II, S. 166.

»Wer berechtigt ist, Ersatz für Aufwendungen zu verlangen, die er für einen bestimmten Zweck macht, kann, wenn er für diesen Zweck eine Verbindlichkeit eingeht, Befreiung von der Verbindlichkeit verlangen. Ist die Verbindlichkeit noch nicht fällig, so kann der Ersatzberechtigte, statt ihn zu befreien, Sicherheit leisten.«

Diese Bestimmung deckt sich im wesentlichen mit dem Inhalte des § 250 des Entwurfes III, während die früheren Entwürfe nur singuläre Bestimmungen dieser Art enthielten.

Der Verwender soll vollständig für seine Verwendungen schadlos gehalten werden. Würde man ihm einen Anspruch auf Erfüllung ihm gegenüber geben, so könnte er unter Umständen mehr verlangen, als er geleistet hat; andererseits kann auch die eingegangene Verbindlichkeit für den Verwender lästiger sein, als die blosse Erfüllung ihm gegenüber an Ersatz gewähren kann z. B. bei dauernden Verpflichtungen. Infolgedessen kann er die angebotene Erfüllung ablehnen und Befreiung von der Verbindlichkeit fordern.

U. E. ist in diesem Sinne das erste »kann« des § 257 zu verstehen: Es bedeutet nicht, dass der Verwender nach seiner freien Wahl Befreiung oder Erfüllung verlangen kann, wie Örtmann[14] behauptet, sondern es besagt, dass der Verwender niemals Erfüllung der eingegangenen Verbindlichkeit ihm gegenüber verlangen kann, sondern sich mit der blossen Befreiung begnügen muss, die letztere aber auch unter allen Umständen fordern kann unter Ablehnung der betreffenden Erfüllung.[15]

Die Bestimmung ist rechtlich erheblich, besonders bei der Durchführung des Anspruches des Verwenders

[14]) II, S. 20.
[15]) Derselben Ansicht: Planck II, S. 30, Staudinger II, S. 20, Enneccerus u. Lehmann I, S. 375.

im Wege der Zwangsvollstreckung. Während er als Erfüllungsgläubiger wegen der eingegangenen Verbindlichkeit zur unmittelbaren Pfändung von Vermögensobjekten des Ersatzpflichtigen schreiten könnte, muss er sich als Liberationsberechtigter an die Regeln der umständlicheren Zwangsvollstreckung zwecks Erzwingung von Handlungen (CPO. §§ 887 ff.) halten. Über die hierauf sich beziehende Streitfrage, ob er nicht auch Erfüllung ihm gegenüber verlangen kann, vergleiche man RGE. Bd. 18 S. 435 f.

Der Ersatzpflichtige kann, statt den Verwender zu befreien, Sicherheit für eine noch nicht fällige Verbindlichkeit nach den Regeln der §§ 232 ff BGB. leisten. Die Bestimmung des E. I § 595 Abs. III war zu weitgehend, indem auch für fällige Verbindlichkeiten dem Verwendungsschuldner die Wahl zwischen Befreiung und Sicherheitsleistung gestattet würde. Hier handelt es sich um ein alternatives Schuldverhältnis.

Andererseits ist die Ausnahme von dieser Regel bezl. der Geldschuld, die nur Befreiung zuliess (s. E. I, § 595 Abs. 3, S. 2), auch beseitigt worden.

§ 3.

Diesem allgemeinen Inhalte der Ansprüche auf Ersatz von Verwendungen schliesst das BGB. die besonderen, der Eigenart der betreffenden Rechtsverhältnisse entsprechenden Bestimmungen an.

Wir treten damit dem eigentlichen Gegenstande unserer Aufgabe, dem Anspruche des Verkäufers auf Verwendungsersatz näher. Dabei ist eine scharfe Abgrenzung desselben, die seiner erschöpfenden Behandlung nur zu Gute kommen kann, erforderlich.

Ein materiellrechtlicher Anspruch auf Ersatz von Verwendungen kann auf den verschiedensten juristischen Grundlagen beruhen. Er kann den Grund seiner Ent-

stehung in einem reinen Schuldverhältnis haben, oder er kann erb - familien - und sachenrechtlicher Natur sein. Letztere Ansprüche scheiden natürlich bei unseren Ausführungen aus.

In rein obligationenrechtlicher Hinsicht kann ein Impensenanspruch durch Gesetz und Rechtsgeschäft gegeben sein.

Gesetzlich begründete Ansprüche auf Impensenersatz, das heisst Ansprüche, die nicht durch eine Willenserklärung des Verpflichteten entstanden sind, ergeben sich bei der Geschäftsführung ohne Auftrag und bei der ungerechtfertigten Bereicherung. — Der Anspruch aus unerlaubten Handlungen bezieht sich niemals auf Verwendungs- sondern auf Schadensersatz.

Es ist nun sehr wohl möglich, dass der Verkäufer zugleich auch die Nebenrechtsstellung eines negotiorum gestors oder eines Kondiktionsberechtigten hat, und es ist nicht ausser Acht zu lassen, dass die Klage aus der Geschäftsführung ohne Auftrag und der ungerechtfertigten Bereicherung, sofern nur ihre besonderen Voraussetzungen vorliegen, eine brauchbare Handhabe zur Geltendmachung des Impensenanspruches des Verkäufers bieten kann.[16]

Solche dem Berechtigten zustehende Doppelansprüche sind noch von keinem Rechtssystem geleugnet worden und das BGB. im § 450 Abs. II klingt demgegenüber als überflüssig und selbstverständlich, eine Thatsache, die auch von den Motiven (II, S. 326) und Protokollen (II, S. 67) zugestanden wird.

Seine Beibehaltung wird damit begründet, dass mangels dieser Bestimmung ein aus Absatz 1 § 450 zu

[16]) Natürlich darf diese Rechtsstellung nicht einen vertragsmässigen Teil der eingegangenen Verpflichtung des Verkäufers bilden. Dann ist sie eben keine Nebenrechtsstellung mehr, wie die Protokolle (II. 67) richtig betonen. Beispiel: Der Verkäufer macht Verwendungen vor Gefahrübergang der Kaufsache. vergl. auch Ortmann II, S. 173.

entnehmendes argumentum e contrario: andere Ersatzansprüche wie die im Absatz 1 genannten seien ausgeschlossen, unrichtigerweise aufgestellt werden könnte.[17]

Aber diese Ansprüche aus der auftraglosen Geschäftsführung und der ungerechtfertigten Bereicherung gehören nicht zum Inhalt der Haftung des Käufers für die vom Verkäufer auf die Kaufsache gemachten Verwendungen. Wir werden jedoch auf sie eingehen müssen, um zu untersuchen, ob der Impensenanspruch des Verkäufers identisch ist mit diesen auf nicht kontraktlicher Basis beruhenden Ansprüchen.

Es scheidet ferner aus und bedarf keiner besonderen Erörterung der Anspruch des Verkäufers auf Ersatz von Verwendungen, die auf besonderer Vertragsabrede gegründet sind.

Gegenstand unserer Abhandlung ist nur die Haftung des Käufers aus dem Kaufe für die vom Verkäufer auf die Kaufsache gemachten Verwendungen.

§ 4.

Im allgemeinen ist die Haftung des Käufers für die vom Verkäufer auf die Kaufsache gemachten Verwendungen dieselbe wie in jedem Schuldverhältnis bezw. gegenseitigem Vertrage, d. h. er haftet überhaupt nicht dafür; im besonderen bedingt die eigenartige Haftung des Käufers für den Schaden, der durch Zufall die Kaufsache trifft, eine besondere Regelung der Frage, wer die Verwendungen zu machen bezw. zu ersetzen hat, die zur Verhütung eines zufälligen Untergangs oder einer zufälligen Verschlechterung der Kaufsache gemacht werden.

U. E. lässt sich die Haftung für zufälligen Untergang oder zufällige Verschlechterung in drei Grade einteilen:

[17]) Vergl. Staudinger II, S. 194[3], Scherer, Lief. 3, S. 599.

1. Man haftet für den Zufall ausschliesslich im eignen Interesse. Dann ist der eventuelle Erfolg: Verlust eigner Vermögenswerte.

2. Man haftet für den Zufall ausschliesslich im fremden Interesse, d. h. man ist verpflichtet, den Zufall abzuwehren. Dann ist der eventuelle Erfolg: Schadensersatzpflicht.

3. Man haftet für den Zufall sowohl im eignen als auch im fremden Interesse. Dann ist der eventuelle Erfolg: Verlust eigner Vermögenswerte und Schadensersatzpflicht.

Die Haftung zu 1) ist die gesetzliche Haftung des Gläubigers aus einem einseitigen Schuldverhältnis.

Die Haftung zu 2) ist die des Schuldners aus demselben Schuldverhältnis.

Die Haftung zu 3) ist die Haftung der Parteien aus einem gegenseitigen Vertrage und in der Regel auch aus dem Kaufe.

Die Haftung zu 2) und 3), wenigstens wenn sie im vollen Umfange vorliegt, tritt nur bei Verschulden des Haftenden ein, die Haftung zu 1) und teilweise auch zu 3) tritt auch ohne Verschulden ein; sie heisst »Gefahrtragung«.

Gemäss dieser mehrfachen Haftung muss auch die Frage verschieden beantwortet werden, wer zur Abwehr des Zufalls oder m. a. W. zur Erhaltung und Aufbewahrung des betreffenden Cegenstandes Verwendungen aus eignem Vermögen machen muss, und wann er dafür Ersatz von der Gegenpartei verlangen kann.

Nach der ganzen sistematischen Behandlung durch Gesetz und Jurisprudenz sowie nach natürlichem Rechts- und Billigkeitsgefühl müssen wir die Frage, obschon wir in der uns zur Verfügung stehenden Literatur keine Entscheidung finden, für die Fälle zu 1) und 3) wie folgt beantworten:

Wer für den zufälligen Untergang oder eine Verschlechterung im eignen Interesse haftet, muss auch, um sich selbst vor Vermögensverlust zu schützen, eigne Kapitalwerte aufwenden. Demnach steht ihm für Verwendungen, die er zu diesem Zwecke macht, da sie ja ausschliesslich ihm zu Gute kommen, kein Ersatzanspruch zu.

Wer dagegen lediglich im fremden Interesse für Zufall haftet (Fall 2), braucht eignes Vermögen im fremden Interesse nicht aufzuwenden. Das Gegenteil wäre unbillig und ungerecht. Man denke nur an den absurd klingenden Fall, dass der Verwalter einer fremden überschuldeten Vermögensmasse sein eignes Vermögen bei Vermeidung des Schadensersatzes riskieren müsste.

Macht er aber trotzdem Verwendungen solcher Art, so steht ihm ein Ersatzanspruch auf Grund des ursprünglichen Schuldverhältnisses schon aus dem Grunde nicht zu, da er dazu nicht verpflichtet war.

Ausser den Fällen zu 1) bis 3) giebt es aber noch eine vierte Möglichkeit der Haftung für Zufall und hiermit stossen wir auf den Kernpunkt unserer Abhandlung.

An sich haftet jemand gemäss dem Falle zu 3); nachträglich wird ihm aber aus der Reihe seiner Verpflichtungen eine abgenommen, nämlich die Haftung zu 1) — die Gefahr ist von ihm auf die andere Partei übergegangen. — Er nähert sich somit der Rechtsstellung zu 2), ohne dass ihm auch die Verpflichtung, für die Aufbewahrung und Erhaltung des Gegenstandes eignes Kapital aufzuwenden, genommen ist. Er muss also im ausschliesslich fremden Interesse sein eignes Vermögen aufwenden,

In diesem Falle muss ihm, wie wir unten ausführen werden, ein besonderer Ersatzanspruch gewährt werden.

§ 5.

a) Fragen wir uns nun zunächst, wer trägt in einem Schuldverhältnis speziell beim Kauf die Gefahr des Schuldgegenstandes, und wann geht die Gefahr auf den Gläubiger über, um dann weiter darauf einzugehen, in welcher Weise die Pflicht des Schuldners, für die Aufbewahrung und Erhaltung der Leistung Sorge zu tragen, durch den Gefahrübergang berührt wird.

Der Begriff der Gefahrtragung ist aber ein relativer. Man versteht darunter die subjektive Beziehung einer bestimmten Person zu dem objektiven Ereignis: dem Zufall.[18]

Die »Gefahrtragen« heisst aber, den ökonomischen Nachteil eines den Gegenstand treffenden Zufalls haben. Gefahr ist demgemäss wie Endemann[19] in Bezug auf einen obligatorisch ergriffenen Gegenstand sagt »jedes den Leistungsgegenstand vernichtende und schädigende Ereignis, das der Schuldner nicht zu vertreten hat — betrachtet unter dem Gesichtspunkte, ob der Verlust vom Gläubiger oder vom Schuldner zu tragen ist.«

Während das geltende Recht mit dem vor 1900 bestehenden in den generellen Grundsätzen über die Gefahrtragung übereinstimmt, finden wir dagegen im speziellen und besonders beim Kauf verschiedenartige und extrem gegenüberstehende Regeln und Theorien.

Bei einseitig verpflichtenden Rechtsgeschäften trägt der Gläubiger die Gefahr des Schuldgegenstandes vom Abschlusse des Geschäfts an.

[18]) Kuhlenbeck S. 69.
[19]) S. 492/493.

So l. 185, D. d. r. i. 50,17: impossibilium nulla obligatio und BGB. § 275 in Übereinstimmung mit den vor 1900 geltenden Rechtssystemen. Natürlich gilt dieser Satz nur dann, wenn der Leistungsgegenstand individuell bestimmt ist. Bei der Leistung einer Genussache sowie bei einem bedingten Anspruch gelten durchweg die entgegengesetzten Regeln, da hier einstweilen von der Gefahr eines bestimmten Gegenstandes keine Rede sein kann.

Handelt es sich dagegen um synallagmatische Verträge, so ist es eine einleuchtende Konsequenz der Natur solcher Verträge, dass die Gefahrtragung der geschuldeten Leistung bis zur Erfüllung beim Schuldner verbleibt. Denn ein solcher Vertrag dient dem Ausgleich der gegenseitigen Interessen, sein »Verkehrszweck ist eine gegenseitige Ergänzung, welche in friedlicher Weise unter den nebeneinander bestehenden individuellen Machtkreisen stattfindet. Der Stoffwechsel dieser Machtkreise tritt dadurch ein, dass Jeder im eignen Interesse in seinem Machtgebiet verfügt, um das zu erhalten, was er bedarf, anderes fortgebend, was er leichter entbehrt.«[20]

Erst mit der thatsächlichen Leistung also geht die Gefahr auf den Gläubiger über.

Dieses klare Rechtsprinzip ist ein Produkt unserer modernen deutschrechtlichen Anschauung. Jedoch auch das römische Recht kannte diesen allgemeinen Grundsatz, wenn er auch durchbrochen wurde durch eine Reihe abweichender, das innere Wesen des gegenseitigen Vertrages verkennender Bestimmungen, sodass die Regel fast als Ausnahme erscheint.

»Die Aufnahme des Momentes der gegenseitigen Abhängigkeit beider Ansprüche in das Vertragsverhält-

[20]) Vergl. Jakobi, Versprechen und Vertrag in Ihering, Jahrb. f. Dogm. Bd. 35, S. 21, entnommen aus Kuhlenbeck S. 74.

nis, sowie die Erheblichkeit des Einflusses eines casus auf die Gegenleistung widerstrebte dem technisch-juristischen Sinne der Römer auf strenge Scheidung von Recht und Verbindlichkeit.

Sie lösten einfach das zweiseitige Verhältnis in zwei einseitige Stipulationen auf (z. B. stipulationes emti, venditi; locati, conducti) und noch Ulpian (l. 14 D. 50,16) nennt den synallagmatischen Vertrag: quod Graeci συνναλλαγμα vocant, ultrocitroque obligationem, denkt sich also das Verhältnis als zwei Kontrakte, deren Zusammenhang erst als Gegenrecht per exceptionem geltend gemacht werden kann«.[21]

b) α. Von den von diesen Grundprinzipien abweichenden Ausnahmen behandeln wir nur die beim Kauf hervortretenden.

Hier stehen sich die romanistische und germanistische Rechtsauffassung gegenüber.

Geleitet von der Anschauung der gegenseitigen Verträge als zweier selbständigen und relativ von einander unabhängigen Einzelansprüche, sowie beeinflusst durch den zweifellos nicht ganz unberechtigten Gedanken, dass die Kaufsache, was das Verhältnis zwischen den Parteien angeht, auch schon vor Übergabe dem Vermögen des Verkäufers entfremdet sei und zu dem Vermögen des Käufers gehörig betrachtet werde,[22] stellte sich das römische Recht auf den Standpunkt, dass beim Kauf wie bei allen auf Veräusserung gerichteten Verträgen die Gefahr des gekauften Gegenstandes schon mit Vertragsschluss vor thatsächlicher Erfüllung auf den Käufer übergehe.[23]

---

[21]) Vergl. Kuhlenbeck, S. 74, 75.
[22]) S. Windscheid, Pand. 2, S. 616.
[23]) Diese Bestimmung ist ausserdem vielfach zu begründen versucht worden. Wiudscheid (II. S. 306) sagt: Die Verkaufserklärung ist eine Entäusserungserklärung, das will sagen, dass ihr Inhalt nicht sowohl der ist, dass der Verkäufer sich ver-

Dieser Theorie haben sich die älteren Gesetzbücher (z. B. codex Maxim. Bavarici civ. Th. IV, Kap. 3, § 11, württemb. Landrecht von 1610, II, 9 §§ 24—26) und das sächsische Gesetzbuch §§ 1091, 866, 867, 1013, sowie neuerdings auch das schweizerische Bd. Ges. Art. 145, 204, 199 angeschlossen. C. C. Art. 1624, 1138 und mit ihm das badische Landrecht knüpfen sogar den Eigentumsübergang an den Vertragsschluss an, lassen aber die Gefahr erst mit dem Augenblicke übergehen, wo die Sache übergeben wird oder werden sollte.[24]

β Die deutschrechtlichen Grundsätze vom Gefahrübergang beim Kauf lassen denselben prinzipiell erst mit der Übergabe der Kaufsache eintreten. So das Preussische ALR. I,11 §§ 95, 100 (§§ 98, 102—104) I,5 §§ 364 bis 368, das österreichische Gesetzbuch §§ 1064, 1048 bis 1051, 1447, sowie der hessische, bayrische und dresdener Entwurf, endlich BGB. § 446.

Zur Begründung dieser Bestimmung des BGB. führen die Motive[25] aus, »nur dringende Gründe der Zweckmässigkeit, Billigkeit und Praktikabilität könnten die Aufnahme des theoretisch kaum zu erklärenden, mit den sonstigen Rechtsprinzipien und dem Wesen der in Betracht kommenden Verträge in Widerspruch stehenden und in einem grossen Teile von Deutschland reprobierten römischrechtlichen Satzes in das bürgerliche Gesetzbuch rechtfertigen. Solche Gründe liegen aber nicht vor.«

Im Gegenteil hätte sich an den römischen Grundsatz eine Reihe von Streitfragen und theoretischen wie

---

pflichte, die verkaufte Sache hinzugeben, als vielmehr, dass er sie hingebe. Des weiteren siehe Windscheid II, S. 306 zu Nr. 19 a. Jedoch trotz aller Erklärungen muss behauptet werden, dass sie nicht dazu angethan sind, den prinzipiellosen und praktisch schwer zu verwertenden Satz zu begründen und zu rechtfertigen.

[24]) Vergl. im übrigen Mot. II, S. 206.

[25]) II, S. 324.

praktischen Schwierigkeiten geknüpft, die die Gesetzgebung selbst nicht durch positive Spezialbestimmungen beseitigen konnte, während die Einfachheit und Klarheit des deutschen Prinzips der Rechtssicherheit festes Fundament sei.

γ. Das römische Recht wie auch die deutsch-rechtliche Auffassung kennen aber auch Ausnahmen von der allgemeinen Lehre.

Nach römisch-gemeinem Recht geht die Gefahr der Kaufsache, sofern sie nur der Gattung nach bestimmt ist, gemäss herrschender Ansicht erst mit der thatsächlichen Lieferung auf den Käufer über. (Die von Ihering aufgestellte Lieferungstheorie im Gegensatz zur Ausscheidungs- und zur Apparitionstheorie, vergl. Baron S. 497).

Vorher war eben der Kauf noch nicht definitiv abgeschlossen — emtio non perfecta erat. Beim aufschiebend bedingten Kauf bestand die singuläre Bestimmung, dass der Käufer vor Eintritt der Suspensivbedingung die Gefahr der zufälligen Verschlechterung, der Verkäufer hingegen die Gefahr des zufälligen Untergangs der Kaufsache zu tragen hat. Der Grund liegt eben in der Rechtsauffassung dass pendente còndicione der Kaufvertrag noch unvollendet war. Ging also vor Eintritt der Bedingung des Kaufobjekts durch Zufall zu Grunde, so entstand überhaupt keine Obligation. Denn impossibilium nulla obligatio est (l. 185 D. 50,17). Mithin hatte der Verkäufer den Schaden zu tragen. War aber bei Eintritt der Bedingung die Kaufsache noch vorhanden, wenn auch im verschlechterten Zustande, so lag ein negotium purum vor. Der Käufer trägt daher wie beim unbedingten Kauf die Gefahr der Verschlechterung vom Abschlusse des Vertrages an.

Das moderne Recht und seine Rechtsvorgänger brauchten solche Ausnahmen nicht zu machen, da die

Gefahr sowohl bei einer Species- wie Genussache erst mit der thatsächlichen Übergabe an den Käufer übergeht und auch beim bedingten Kauf wie die Motive[26] bemerken, praktisch der Fall kaum vorkommt, dass vor Eintritt der Suspensivbedingung die Sache dem Käufer übergeben wird.

Hingegen giebt es andere Fälle; in denen praktische Gründe dafür sprechen, dem Verkäufer schon vor Übergabe der Kaufsache die Last der Gefahrtragung abzunehmen. Wir meinen hier nicht den Fall des Kaufes in Pausch und Bogen, den das Preussische ALR. I,11 §§ 117ff, 120 und das österreichische GB. §§ 1049, 930 den römischen Regeln vom bedingten Kauf bezüglich der Gefahrtragung gleichstellen.

Von diesem sagen aber mit Recht die Motive,[27] dass aus dem Charakter dieses Rechtsgeschäfts in concreto sich leicht feststellen liesse, ob von dem Untergange einzelner Stücke oder ihrer Verschlechterung abgesehen werden könnte oder sollte. Im übrigen müsse die Gefahrtragung wie bei Kauf einer anderweitig individuell bestimmten Sache geregelt bleiben.

Fälle des Gefahrübergangs vor thatsächlicher Übergabe der Kaufsache sind im materiellen Recht, abgesehen von der uns nicht interessierender besonderen Vereinbarung desselben,

1. beim Gläubigerverzug des Käufers,
2. im Falle des § 446, Abs. 2, BGB,
3. im Falle des § 447, Abs. 1, BGB,
4. beim Erbschaftskauf.

Was den Fall zu 1) anbetrifft, so ist es nicht allerseits anerkannt, dass auch der durch Gläubigerverzug bewirkte Gefahrübergang die Rechtsfolgen des § 450

---

[27]) II. S. 324.
[28]) II, S. 240I.

nach sich zieht. So sind u. a. Planck[28] Staudinger[29]. der Ansicht, dass wegen der besonderen Regelung des Verwendunsanspruches beim Gläubigerverzug in § 304 BGB. dem Verkäufer der Schutz des § 450 BGB. gegen den mit der Annahme verziehenden Käufer zu versagen sei. Sie stützen sich dabei auf die Bemerkung der Motive (II, S. 325) ». . . . wenn die Gefahr der Sache schon vor Übergabe kraft gesetzlicher Bestimmung (§ 463 Abs. II, § 465) auf den Käufer übergegangen ist.«

U. E. ist die Anführung obiger Paragraphen nur beispielsweise erfolgt. Ist der Schuldner, der sich dem verziehenden Gläubiger gegenüber befindet, zugleich ein Verkäufer, so muss ihm auch der Schutz aus dem Kaufvertrage gewährt werden, zumal er sich nach Gefahrübergang in derselben Rechtslage befindet wie die übrigen Verkäufer gemäss § 450. Auch beschränkt sich der klare Wortlaut des Gesetzes keineswegs auf die Fälle der §§ 446 Abs. 2 und 447. Derselben Ansicht sind Scherer[30], Dernburg u. a.

Im übrigen werden wir unten zu Punkt § 6 a α auf den § 304 BGB. noch zu sprechen kommen.

Der Grund, weshalb die Gefahr des zu leistenden Gegenstandes auf den Gläubiger infolge seines Verzugs übergeht, ergiebt sich aus dem Wesen dieses Verzuges; wir können in dieser Beziehung auf die zutreffenden Ausführungen von Mathiass I, S. 365 366 verweisen.

Den Gefahrübergang beim sogenannten Distanzkauf regelt BGB. § 447, Abs. I, dass wenn der Verkäufer auf Verlangen des Käufers die verkaufte Sache nach einem andern Orte als dem Erfüllungsorte versendet, die Gefahr derselben auf den Käufer übergeht, sobald der Verkäufer die Sache dem Spediteur, dem Fracht-

[29]) II, S. 193 I.
[30]) zu § 450.
[31]) BR. IIb S. 32III.

führer oder der sonst zur Ausführung der Versendung bestimmten Person oder Anstalt ausgeliefert hat.

Diese Bestimmung deckt sich im wesentlichen mit der diesbezüglichen Vorschrift des alten HGB. Art. 345 und des Dresdener Entwurfes Art. 430.

Sie wird von den Motiven[32] damit begründet, dass der Verkäufer an sich aus dem Kaufvertrage zur Versendung an den Ort, welcher nicht Erfüllungsort ist, nicht verpflichtet ist, mithin auf Verlangen des Käufers eine weitere Verbindlichkeit übernimmt, durch welche aber seine Verpflichtung auf Übergabe der Kaufsache an den Käufer weder aufgehoben noch verwandelt wird. Es erscheine aber als ein Gebot der Billigkeit und entspräche dem mutmasslichen Willen der Parteien, dass mit Erweiterung der Verpflichtung des Verkäufers auch die Gefahr der Kaufsache auf den Käufer gewälzt würde.

Örtmann[33] begründet den Gefahrübergang beim Distanzkauf damit, dass der Verkäufer als mit der Versendung besonders beauftragter Mandatar nicht mehr für Zufall hafte.

Natürlich trägt der Verkäufer nach allgemeiner Regel die Gefahr, wenn der Ort, an den die Versendung erfolgt, der Erfüllungsort ist, oder wenn der Verkäufer aus eigner Initiative die Sache verschickt.

Dagegen verschlägt es nichts, wenn der Empfänger nicht der Käufer sondern ein Dritter ist.[34]

Die Vorschrift des § 447 Abs. II ist ius dispositivum. Besondere Vereinbarungen sind daher zulässig. Aus dem Umstande jedoch, dass der Verkäufer die Kosten der Versendung übernommen hat, ist jedoch nicht zu entnehmen, dass das Ziel der Versendung der Leistungs-

---

[32]) II, S. 327.
[33]) II, S. 471.
[34]) v. Prot. II, S. 67.

ort ist, geschweige denn, dass der Verkäufer auch die Gefahr weiter tragen solle und wolle (vergl. § 269, Abs. II.)

Andere Rechtsverhältnisse als die Transportgefahr werden durch § 447 in keiner Weise berührt. Insbesondere wird durch den Gefahrübergang nicht auch die Tradition ersetzt. Das BGB. sieht hierbei von der Frage der Tradition, des Besitz- und Eigentumserwerbs im Gegensatz zu dem preussischen ALR. I, 11 §§ 128 bis 134 und dem österreichischem GB. § 426 ganz ab.[35]

Dieser Rechtssinn ist sehr wesentlich z. B. für die Ausübung des Vindikationsanspruches in transita im Falle des Konkurses des Käufers, ferner für das Pfändungsrecht der Gläubiger des Verkäufers.[36]

Das vor 1900 geltende Recht ging beim Distanzkauf noch viel weiter als das BGB. Das preussische ALR. und das österreichische GB. (s. o.) knüpfen an den Zeitpunkt der Versendung — gleichviel ob zum Erfüllungsort oder anderswohin — das Moment des Eigentums- und des Gefahrüberganges. Der Zeitpunkt der Versendung ist der der Tradition.

Für das gemeine Recht und das ihm folgende sächsische Gesetzbuch hat die Frage nach dem Gefahrübergang beim Distanzkauf nur Bedeutung für den Kauf einer Genussache. Folgt man den Vertretern der Ausscheidungstheorie, so ist die Übergabe an den Spediteur zugleich auch die vertragsmässige Ausscheidung; mithin ist der Gefahrübergang in diesem Zeitpunkte erfolgt.[37]

Ein dritter Fall des vor Übergabe erfolgenden Gefahrüberganges der Kaufsache ist möglich beim Kaufe eines Grundstückes. Wenn der Käufer eines

---

[35]) Motive II, S. 327.
[36]) Vergl. Scherer 3, S. 494 [2]
[37]) Mot. II, S. 326.

Grundstückes vor dessen Übergabe als Eigentümer in das Grundbuch eingetragen wird, so geht mit dem Zeitpunkt der Eintragung die Gefahr des Grundstückes auf den Käufer über.

In den Vorarbeiten zum BGB.[38] finden wir hauptsächlich vier verschiedene Ansichten über diesen Punkt vertreten.

Der allgemeinen Regel folgend, will eine Ansicht auch die Gefahr eines gekauften Grundstückes erst mit der Übergabe auf den Käufer übergehen lassen, während eine zweite die Eintragung des Käufers für das kritische Moment des Gefahrüberganges ansieht.

Eine dritte Ansicht will für den Gefahrübergang entweder Übergabe oder Eintragung entscheiden lassen. Eine vierte Meinung hält den Gefahrübergang erst dann für gerechtfertigt, wenn der Verkäufer vollständig erfüllt, d. h. übergeben und Eigentum verschafft hat.

Dazwischen stehen noch weitere Ansichten, die eine Scheidung zwischen Übergang der Gefahr und der Nutzungen und Lasten des gekauften Gegenstandes machen. Dieselben sind für unsere Abhandlung bedeutungslos.

Bezüglich der dritten vom BGB. in § 446 angenommenen Meinung und in Widerlegung der übrigen aufgestellten Thesen führen die Motive und Protokolle[39] aus, dass es der Natur der Sache, dem Wesen des Kaufvertrages und der regelmässigen Parteiintention widersprechen würde, wollte man den Käufer, nachdem er infolge der Eintragung Eigentümer des Grundstücks geworden sei,[40] und somit die rechtliche Vollherrschaft

---

[38]) Motive II, S. 323/324; Prot. II, S. 58—62.
[39]) s. o. 37 u. 38.
[40]) Seltene Fälle ausgenommen, z. B. Hinderung des Eigentumsübergangs infolge eines Rechtsmangels.

über das Grundstück erlangt habe, trotzdem von dem Tragen der Gefahr befreien, bis auch die thatsächliche Übergabe erfolgt sei. Das Erlangen der rechtlichen Herrschaft über die Kaufsache stehe in dieser Beziehung dem der thatsächlichen Herrschaft gleich.

Unerheblich sei der Einwand, dass der Käufer vor Übergabe nicht imstande sei, das Grundstück zu überwachen. Denn diese Vorschrift sei lediglich lex dispositiva, und es sei Sache des Käufers, dafür zu sorgen, dass er mit dem Eigentum auch die Möglichkeit der Überwachung durch Übergabe des Grundstückes erhalte. Thatsächlich geschieht dies auch im Verkehr mit Grundstücken. Denn wie Staudinger[37a] u. a. richtig bemerkt, wird der Mangel einer solchen Übergabe nach geschehener Eintragung in praxi nicht oft bestehen.

In Entgegnung der 4. Ansicht behaupten die Motive, dass der Gefahrübergang augenscheinlich keineswegs von der Erfüllung aller dem Verkäufer obliegenden Verpflichtungen abhängig zu machen sei. Von grösserem Einfluss wird wohl der vorweg mitgeteilte Einwurf Staudinger's gewesen sein.

Erfolgt die Übergabe vor der Eintragung, so erscheint es hinwiederum unbillig gegen den Verkäufer, ihm gemäss Ansicht 2 auch dann noch die Gefahrtragung aufzuerlegen, wenn er infolge der Übergabe nicht mehr in der Lage ist, für die Sicherheit des Grundstücks zu sorgen (vergl. Prot. II, S. 62; Mot. II, S. 516).

Auf den ersten Blick möchte man annehmen, dass eine solche Entscheidung stark zu Gunsten des Käufers ausgefallen ist, da man ihm zweifellos dieselben Bedenken und Einwendungen machen kann, wie sie gegen den Verkäufer erhoben worden sind, nämlich vor Über-

[37a]) II, S. 89.

gabe aber nach Eintragung: Du bist ja noch rechtlich befähigt, über die Sache zu verfügen, und in umgekehrter Rechtslage: Du hast ja noch die thatsächliche Gewalt über die Sache; es liegt also kein zwingender Grund vor, Dich frühzeitig von der Last der Gefahrtragung zu befreien.

Ausschlaggebend wird hier sein, dass der Käufer ein bei weitem grösseres Interesse an der Erhaltung der Kaufsache hat wie der Verkäufer — denn sonst hätte er sie nicht gekauft und der Verkäufer verkauft — und dass wenn Zweifel aufsteigen, ob der Verkäufer bei mehr und mehr schwindender Fähigkeit, die Sache zu schützen, noch für jeden Zufall aufkommen soll, der die Kaufsache schädigt oder zerstört, diese Zweifel zu Gunsten des Verkäufers ausgelegt werden müssen.

Die Eintragung ist aber beim Kauf von Grundstücken ein sehr wesentliches Rechtsmoment, hinter welches die Übergabe an Bedeutung zurücktritt. Sie ist, wie die Übergabe beim Kauf beweglicher Sachen, ein Erfordernis des Eigentumsüberganges.

Was die in der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs erhobenen, an eine gemeinrechtliche Streitfrage anknüpfenden Bedenken angeht, der Verkäufer könne, wenn er einem Käufer sein Grundstück auflässt, einem zweiten Käufer es aber tradiert, von beiden Käufern den Kaufpreis fordern, wenn nachher das Grundstück durch einen von ihm nicht zu vertretenen Zufall untergeht, so ist zu erwidern, dass die Käufer gegen Nachteile durch eine Schadensersatzforderung wegen Nichtertüllung geschützt sind (§§ 440, 325 BGB),[38a] wie denn auch die Heranziehung des Verzuges in Antrag 3 der Protokolle das ganze Verhältnis unnötig kompliziert macht. Denn wenn der Verkäufer gegenüber dem

[38a] Vergl. Matsiass I, S. 516, Anm. 3 und die dort angegebene Literatur insbesondere Martinius im Arch. f. b. R. (Kohler etc.) 1900 S. 71 ff.

besitzenden Käufer mit der Auflassung des Grundstückes in Verzug kommt, so ist der Käufer nach den Grundsätzen des Verzuges zum Schadensersatz berechtigt.

Allerdings ist es nicht zu leugnen, dass solche Rechtsbehelfe nur Notbehelfe bleiben.

»Aber jene Schwierigkeiten sind nicht genügend, um ihnen ein an sich richtiges Prinzip zu opfern.«[39a]

Mit dieser positiven Bestimmung des BGB. hat es eine Reihe von Kontroversen gelöst, die auf dem Boden des alten Grundbuchsystems entstanden sind. Man vergleiche hierüber die in den Motiven II. S. 323 Anm. 1 angegebenen Belegstellen, insbesondere das preussische Gesetz über den Eigentumserwerb und die dingliche Belastung der Grundstücke etc. vom 5. Mai 1872.

Auf den Fall des vor Übergabe sich vollziehenden Gefahrübergauges beim Erbschaftskauf werden wir unten besonders zu sprechen kommen.

§ 6.

a. Durch den Übergang der Gefahr eines geschuldeten Gegenstandes vor vollständiger Liberierung des Schuldners werden die sonstigen Verpflichtungen desselben in keiner Weise berührt. Nun enthält aber jede obligatorische Verpflichtung auch die Pflicht des Schuldners, den Leistungsgegenstand aufzubewahren und zu erhalten.[40a]

Je nachdem nun das Schuldverhältnis auf einem gegenseitigen Vertrage beruht oder ein lediglich einseitiges ist, erstreckt sich diese Verpflichtung des Schuldners auch auf die Pflicht, zur Abwehr schädigender Ereignisse auf den Schuldgegenstand eigenes Vermögen ohne Anspruch auf Ersatz aufzuwenden, oder nicht.

[39a]) Vergl. Motive II, S. 323 324.

[40a]) Vergl. u. a. Endemann I, S. 487, BGB. § 276 und siehe oben § 4, Fall 2.)

Bei spezifisch einseitigen Schuldverhältnissen und den diesen gleichstehenden sog. obligationes bilaterales inaequales ist also der Schuldner nicht verpflichtet, zur Abwehr der Gefahr eigne Aufwendungen zu machen. Macht er sie trotzdem, so kann er nicht anders behandelt werden als ein unberechtigter Eingreifer in fremde Vermögenssphären, und es kann ihm daher, wenn er einen Ersatzanspruch geltend machen will, nur die Rechtsstellung eines negotiorum gestors oder auf Grund der ungerechtfertigten Bereicherung gegeben werden.

Bei gegenseitigen Verträgen muss aber der Schuldner im eignen Interesse und auf Grund seiner kontraktlichen Haftung zur Abwendung zufälliger Verschlechterung oder zufälligen Unterganges seiner Vertragsleistung eigne Kapitalwerte aufopfern, ohne dass er dafür Ersatz fordern kann.

Geht nun aber vor seiner vollständigen Befreiung die Gefahr der geschuldeten Leistung auf den Gläubiger über, so ändert dieser Umstand an der vorher erwähnten Verpflichtung des Schulders nichts; jedoch macht der Schuldner diese Aufwendungen nicht mehr im eignen Interesse sondern ausschliesslich im fremden. Es ist daher zu untersuchen, ob es nunmehr noch als recht und billig erscheint, dem Schuldner für seine Verwendungen einen Ersatzanspruch auf Grund seiner Obligation zu verweigern.

α. Ein solcher Fall liegt beim Gläubigerverzug vor. Gemäss §§ 300, 324 BGB. geht in Überstimmung mit dem vor 1900 geltenden Recht[41] die Gefahr des Schuldgegenstandes mit dem Eintritt des Gläubigerverzuges auf den Gläubiger über.

---

[41]) Vergl. Mot. II, S. 73, Anm. 2.

Obschon nun der Schuldner infolge des Gefahrüberganges kein Interesse mehr an dem Bestand des Leistungsgegenstandes hat, muss er, da seine sonstigen Verpflichtungen unberührt bleiben, auf Grund seines eingegangenen gegenseitigen Vertrages eigenes Vermögen zur Abwehr eines Zufalls aufwenden. Es wäre aber im höchsten Grade unbillig und ungerecht, wollte man in einem solchen Falle jeden Anspruch auf gemachte Verwendungen auch jetzt noch versagen.

Diesem praktischen Bedürfnis trägt § 304 BGB. Rechnung. — Auf die diesbezüglichen Bestimmungen des vor 1900 geltenden Rechts einzugehen ist unmöglich, zumal sie zum grössten Teil auf einer Verkennung des wahren Wesens der mora creditoris beruhen.

Handelt es sich um einseitiges Schuldverhältnis, so verdient der Schuldner, obschon er an sich nicht verpflichtet ist, zur Abwehr eines Zufalls eignes Kapital aufzuwenden, trotzdem in gleicher Weise geschützt zu werden, wie der Schuldner aus einem gegenseitigen Vertrage.

Denn durch die Umständlichkeit der Rechtsbehelfe, wie Hinterlegung und Selbsthülfeverkauf[42] wird der Schuldner förmlich gezwungen, den Schuldgegenstand weiter aufzubewahren, und in Praxis ist er ebenfalls genötigt, eigne Verwendungen zur Erfüllung seiner Pflicht zur Aufbewahrung und Erhaltung der Schuld zu machen, da er vom morosen Gläubiger wohl selten die nötige Unterstützung finden wird.

Es ist nun vielfach darüber gestritten worden, welche Rechtsstellung dem Schuldner gegenüber dem morosen Gläubiger bei seinem Verwendungsanspruch zugebilligt werden muss.

---

[43]) Der Fall der Dereliktion eines Grundstückes ist eine ganz spezielle Ausnahme, die nicht beeinflussend sein kann.

Zu verwerfen ist die von Kohler[43] scharf vertretene Ansicht, auf welche auch die Motive[44] hindeuten, dass dem Schuldner ein Anspruch gemäss den Regeln der negotiorum gestio zustehe. Die Begründung siehe unten zu § 450 BGB. Punkt § 6, b § 7, (Man vergleiche die grundlegenden Ausführungen von Hirsch,[45] Mathiass.[46])

Massgebend für den Umfang der Haftung des Gläubigers für die vom Schuldner während des Verzuges gemachten Verwendungen muss der Gedanke sein, dass der Schuldner, der derartige Verwendungen macht, gegen Unbilligkeiten geschützt werden muss, aber — unter möglichster Schonung der Interessen des Gläubigers.[47]

Dieser Erwägung wird, was die Aufwendungen für die Aufbewahrung und Erhaltung des Leistungsgegenstandes angeht, der Inhalt des § 304 BGB. nicht gerecht, wohl dagegen die Rechtsstellung die dem Verkäufer gemäss § 450 BGB. zugewiesen ist.

Wir verweisen auf die folgenden Ausführungen für den Kauf.

β. Die Pflicht des Käufers bis zu seiner Befreiung für die Aufbewahrung und Erhaltung der Kaufsache Sorge zu tragen, ist nur noch schärfer ausgeprägt und betont als wie bei einem Schuldverhältnis im allgemeinen. Im gemeinen Recht war es bestritten, ob der Verkäufer einer Sache nach Mass, Zahl oder Gewicht nicht nur für diligentia in custodiendo, sondern auch für die sog. objektive custodia, die custodia im technischen Sinne einstehe, d. h. dass der Verkäufer nicht schon dann der Haftung für Zufall enthoben sei, wenn er subjektiv unverschuldet den Untergang oder die Ver-

[43]) Arch. f. b. R. Bd. 13, S. 274/275.
[44]) II, S. 76.
[45]) S. 263 ff.
[46]) I, S. 371.
[47]) Vergl. Mathiass I, S. 366.

schlechterung der Kaufsache nicht hat vermeiden können, sondern erst dann wenn objektiv die Schädigung nicht abgewandt werden konnte durch persönliche Obhut und Fürsorge. Vertreter dieser Ansicht sind nach Windscheid[48] Baron und Pernice (Labeo).

In diesem Falle hat der Gefahrübergang für den Verkäufer nur noch den praktischen Wert, dass er von der Haftung für damnum fatale, vis maior befreit ist.

Auch die Motive[49] erkennen ausdrücklich an, dass der Verkäufer aus dem Vertrage zur Erhaltung und Aufbewahrung der Kaufsache verpflichtet ist, dass es aber unverkennbar unbillig wäre, dem Verkäufer einen Anspruch auf Ersatz seiner Verwendungen deshalb zu versagen, weil er nur seine vertragsmässig übernommene Pflicht erfülle, wenn er Verwendungen zur Abwehr der Gefahr macht (vergl. Protokolle II, S. 66, auch Staudinger.[50])

Die Gefahrtragung und die Pflicht zur Aufbewahrung und Erhaltung der Kaufsache stehen in so enger Beziehung, dass der Übergang der Gefahr auch eine Änderung der Pflicht zur Aufbewahrung erheischt und zwar insofern, dass dem Verkäufer für die zu diesem Zwecke gemachten Verwendungen Ersatz geleistet werden muss.

Denn während der Verkäufer solche Verwendungen vor Gefahrübergang im höchsteignen Interesse bei Verlust bezw. Minderung des Kaufpreises (§ 323 etc.) machen muss, geschieht seine Thätigkeit zur Abwehr der Gefahr nach diesem Zeitpunkte im ausschliesslich fremden Interesse.

Daher ist es billig, dass ihm für die Verwendungen, die er nach Gefahrübergang in Erfüllung seiner Pflicht macht, entsprechender Ersatz gewährt wird.

[48]) II, S. 616, Anm. 11: Baron: A.C.Pr. LII., S. 58 ff; Pern. Lab. II, S. 356 ff.
[49]) II, S. 325. [50]) II, S. 193 zu § 450, Anm. 2.

Diese Notwendigkeit hat auch das gemeine Recht erkannt, ohne dabei dem Verkäufer eine ihm gebührende Rechtsstellung zuzuweisen.

Die sich hierauf beziehenden Quellenstellen sind: lex 13 § 22, l. 38 § 1 D. 19,1; l. 13,16 C. 4, 49, die inhaltlich besagen, dass der Käufer die Verwendungen die der Verkäufer nach Abschluss des Kaufvertrages auf die Kaufsache macht, ersetzen muss, wenn sie angemessen waren. Angemessen sind aber alle Verwendungen, die notwendig oder im Interesse des Käufers waren.[51]

Ebenso sagt Siebenhaar[52] zur Interpretation des § 1096 des sächsischen Gesetzbuches: »Der Käufer ist verbunden, dem Verkäufer die nach Schliessung des Kaufes und vor Übergabe auf die Kaufsache gemachten notwendigen und nützlichen Verwendungen zu ersetzen.«

Welcher Art dieser Anspruch ist, wird nicht gesagt, auch eine Begründung desselben nicht gegeben.

Es sei hier erwähnt, dass die moderne Rechtsauffassung unter dem Begriff der notwendigen Verwendungen alle Verwendungen zusammenfasst, die die ordentliche Bewirtschaftung der Sache mit sich bringt (vergl. Petracycki II S. 150, sich stützend auf lex 7 § 16 D. sol. matr. 24,3; Dernburg B. R. III S. 360.

Man versteht insbesondere unter solch objektiv notwendigen Verwendungen nicht nur solche, die zur Erhaltung der Sache, sondern auch solche, die zur Erhaltung und ordnungsmässigen Ziehung der Früchte unentbehrlich sind, ein Begriff, der dem in § 450 BGB. aufgestellten Begriff der Verwaltung gleich kommt.

Im übrigen kennt das vor 1900 geltende Recht einen solchen Verwendungsanspruch schon aus dem

---

[51]) vergl. v. Wening-Ingenheim S. 262; Windscheid II, S. 614 Nr. 2.

[52]) S. 614.

Grunde nicht, wenn es einen zeitliche Scheidung zwischen Gefahrübergang und Übergabe der Kaufsache nicht kennt.

Daher ist unserer Einsicht die Ansicht Dernburgs[53] unbegründet und prinziplos, dass der Käufer die notwendigen Verwendungen zu ersetzen hat, welche der Verkäufer noch, (d. h. nach Kontraktsschluss) gemacht hat.

Denn für Verwendungen, die er vor dem Gefahrübergang gemacht hat, kann er, da er sie im eignen Interesse gemacht hat, keinen Ersatz verlangen. Zu Verwendungen, die nach Gefahrübergang gemacht worden sind, war er kontraktlich nicht mehr verpflichtet, da mit dem Gefahrübergang auch die Übergabe verbunden ist bezw. fingiert wird.

b) Nach BGB. § 450 kann der Verkäufer für Verwendungen, die vor Übergabe aber nach Gefahrübergang notwendig geworden sind, Ersatz verlangen, wie wenn er mit der Verwaltung der Sache beauftragt wäre.

Diese dem Käufer vom Gesetz bestimmte Haftung für die vom Verkäufer auf die Kaufsache gemachten Verwendungen trägt den beiderseitigen Parteiinteressen vollauf Rechnung.

Nehmen wir der besseren Veranschaulichung wegen ein einfaches Beispiel: Der Käufer eines Hauses trägt die Gefahr desselben, obschon es ihm aus irgend einem Grunde noch nicht tradiert worden ist, und subsumieren, in der Zwischenzeit drohe dem Hause der Einsturz oder eine Verschlechterung.

Wollte man nun nach den Vorschriften des gemeinen Rechts oder analog § 304 BGB. dem Verkäufer, wenn er das baufällige Haus ausbesserte und stützte, für diese notwendigen Verwendungen ohne alles weitere durch den Käufer Ersatz gewähren, so könnte darin

[53]) Pr. Pr. II. S. 414.

eine offenbar grosse und unbillige Schädigung des Käufers liegen. Denn es ist doch sehr fraglich, ob es im Interesse des Käufers liegt, das Haus wieder zu reparieren, um es vor völligem Einsturz zu bewahren. Es könnte für ihn viel vorteilhafter sein, wenn er das ganze Haus niederreissen liesse, um ein anderes an seine Stelle zu setzen, oder um das Grundstück landwirtschaftlich zu verwerten, als kostspielige Reparaturen an dem alten zu machen.

Es entspricht daher dem zu respektierenden Interesse des Käufers, ohne dass dadurch die Rechte des Verkäufers gefährdet werden, dass der Verkäufer dem Käufer von der Reparaturbedürftigkeit des Hauses Mitteilung macht, und dessen Entschliessung abwartet.

Eine andere Sache ist es, wenn eben durch das Unterlassen der Reparatur eine grosse Schadensgefahr z. B. für das umliegende Terrain oder den wertvollen Inhalt des Hauses im Verzuge ist; dann ist der Verkäufer auch ohne vorherige Billigung des Käufers berechtigt, die Reparatur vorzunehmen, vorausgesetzt natürlich, dass er den Umständen nach und bei Anwendung der im Verkehr üblichen Sorgfalt die Billigung des Käufers annehmen darf (§ 665).

Von enormer Bedeutung für den Anspruch des Verkäufers ist auch § 666 BGB.

Selbst bei normaler Verwaltungsthätigkeit kann der Verkäufer nicht unbeschränkt und ohne Rücksicht auf den Käufer wirtschaften, sondern er ist verpflichtet, die der Art der Verwaltung entsprechenden Nachrichten zu geben (z. B. über die Ausführung, den Erfolg einer Verwendung); er hat zu jeder Zeit dem Käufer auf Verlangen Auskunft zu geben und nach Beendigung der Verwaltung also mit Übergabe der Kaufsache Rechnung zu legen (insbesondere auch über die gezogenen und zu ziehenden Früchte). Nur so kann der Käufer

eine Kontrolle über einen ihm gesetzlich aufgebürdeten Anspruch haben und sein Verhalten dementsprechend einrichten.

Die Pflicht des Käufers zur Rechnungslegung ist in § 259 BGB. geregelt. Zwar hat zweifelsohne der Verkäufer wegen Erstattung seiner Verwendungen die Einrede des nicht erfüllten Vertrages gegenüber dem Übergabeanspruch. Aber auch ihm steht diese Einrede entgegen und er gerät in Verzug, wenn er sich weigert, pflichtgemäss Rechnung zu legen.

Verletzt der Verkäufer seine oben genannten Verpflichtungen, so verliert er seinen Anspruch auf Ersatz seiner Verwendungen zwar nicht, aber er macht sich, sofern ein Schaden nashweisbar ist, schadensersatzpflichtig.

Für die zur Ausführung seiner Verwaltung erforderlichen Aufwendungen hat der Käufer auf Verlangen Vorschuss zu leisten. (§ 669).

Dieser Fall ist dann besonders von Bedeutung, wenn der Verkäufer wegen der weiteren Leistungsunfähigkeit des Verkäufers einen unsicheren Ersatzanspruch hätte, und die Kaufsache nachträglich dem Untergange doch verfiele.

Es ist eine Konsequenz der eingangs ausgesprochenen Forderung, dass dem Verkäufer für seine nach Gefahrübergang auf die Kaufsache gemachten Verwendungen Ersatz gewährt werden muss, wenn das Gesetz bestimmt, dass der Verkäufer für seine zu machenden Verwendungen Vorschuss vom Käufer verlangen kann.

Denn trotzdem seine Pflicht, eignes Kapital aufzuwenden, weiter besteht, lässt doch der Umstand, dass er es im fremden Interesse aufwendet, es als billig erscheinen, dass der Verkäufer gegebenen Falls, d. h. wenn sein Anspruch ihm gefährdet erscheint, sein eignes Vermögen nicht zu riskieren braucht. Dem Käufer ge-

schieht durch diese Bestimmung kein Unrecht; er hat ja immer noch den Ausweg, den Verkäufer seiner Verpflichtung zur Verwaltung zu entbinden.

Durch § 669 hat die Pflicht der Verkäufers, zur Abwehr der Gefahr eignes Kapital aufzuwenden, im geschäftlichen Verkehr keine Bedeutung mehr. Erhält der Verkäufer auf sein Verlangen hin keinen Vorschuss und macht er deshalb keine Verwendungen, so wird er immerhin noch schadensersatzpflichtig. Er ist aber durch § 254 gegen einen Schadensersatzanspruch des Käufers gesichert, da der Verkäufer die Initiativ- und Hauptschuld an dem Schaden durch Verweigerung des Vorschusses trägt.[56]

Inwieweit § 670 für den Fall des § 450 in Betracht kommt, ist trotz der deutlichen Ausdrucksweise des Gesetzes nicht gleichmässig beantwortet. Planck[55] sagt: »Der Ersatzanspruch des Verkäufers hängt nicht davon ab, dass die Verwendung objetiv notwendig war, sondern davon, dass der Verkäufer sie den Umständen nach für erforderlich halten durfte. Ebenso Endemann I S. 714, Anm. 4.

Auch Dernburg[56], Staudinger[57] u. a. neigen zu dieser Ansicht.

Jedenfalls sind Gewaltschlüsse wie bei der diesbezüglichen Lehre vom Gläubigerverzuge:

»Die Verschiedenheit der Ausdrucksweise «die er . . . . . für die Aufbewahrung und Erhaltung machen musste (§ 304)» im Gegensatz zu «die er den Umständen nach für erforderlich halten darf (§ 670)» kommt nicht in Betracht, da sie durch den Satzbau in § 304 veranlasst ist, (weil auch die Kosten des erfolglosen Angebotes mit hineingekommen sind«[58] nicht überzeugend.

[54]) Vergl. Matthiass I, S. 609, IV, A.
[55]) II, S. 240, § 450, 1 d.
[56]) BR. II[2] S, 32 III[3]. [57]) II, S. 504, § 319.[4]

Es besteht tatsächlich ein Unterschied zwischen objektiv notwendigen Verwendungen und solchen, die man den Umständen nach für erforderlich halten darf, und es wäre den gesetzgeberischen Kräften Unrecht gethan, wollte man behaupten, sie hätten der Satzkonstruktion zu Liebe einen wesentlich anderen juristischen Begriff an die Stelle des eigentlichen, dahin gehörigen gesetzt.

Gegen Planck wendet sich Mathiass[59] »Die Ausdrucksweise und der Charakter dieser Vorschrift als einer Ausnahmebestimmung spricht gegen diese Auslegung.«

Es können die Regeln des Auftrages natürlich nur in soweit in Anwendung kommen, als sie nicht gegen die Verweisung selbst auf den Auftrag verstossen. Fungiert das Gesetz ausdrücklich den Verkäufer nur bezl. der notwendigen Verwendungen als Mandatar, so kann § 670 bezl. der nicht notwendigen Verwendungen garnicht in Frage kommen. Der Verkäufer muss bei seinen Verwendungen vorsichtiger sein, wie ein vertragsmässig bestellter Verwalter und sorgfältig prüfen, ob die Verwendungen, die er macht, tatsächsächlich notwendig sind. Denn der Verwendungsersatz ist und bleibt dem Käufer gegen oder ohne seinen Willen auferlegt, und es würde daher eine unnötig grosse und unbillige Schädigung für ihn bedeuten, wollte man auch noch die Notwendigkeit der Verwendungen nach der subjektiven Ansicht des Verkäufers beurteilen.

Die übrigen Regeln vom Auftrag haben für unsere Verwendung praktisch mehr oder weniger keine Bedeutung. Von Belang war noch § 667, der sich aber auch schon aus dem Wesen des Verwendungsgeschäftes (s. o. § 3 b) an sich ergiebt.

[59]) I, S. 513, Anm. 2.

Selbstverständlich darf nämlich der Verkäufer die Früchte seiner Verwendungen nicht behalten. Er muss sie herausgeben als Äquivalent für die von ihm zu fordernden Zinsen (§ 256).

Zum Schlusse dieser Ausführung wollen wir eine Bemerkung nicht unterdrücken, dass es nämlich im Interesse der Klarheit und Verständlichkeit des Gesetzes und der Wissenschaft wäre, wenn man an Stelle der Ausdrücke: Aufbewahrung und Bewachung, ferner Aufbewahrung und Erhaltung, ferner Verwaltung und endlich ordentliche Bewirtschaftung, die ja schliesslich dasselbe bedeuten sollen[60] oder richtiger gesagt, von denen die beiden ersten Begriffe veraltet und inkorrekt sind (§ 6 a β), etwa einen der beiden letzteren Begriffe einheitlich setzen wollte. Zuweilen könnte man überhaupt auf dieselben verzichten, vorausgesetzt, dass dadurch keine Unklarheit entstände, wie z. B. in § 450, und mit dem den Begriff der ordnungsmässigen Bewirtschaftung eines Gegenstandes in sich tragenden Begriff der notwendigen Verwendungen ausschliesslich operieren.

Es kann allerdings nicht geleugnet werden, dass Gesetzestext (Aufbewahrung und Erhaltung) sowie die Protokolle[61] die Verwendungen zur Hebung der Nutzungen nicht als notwendige Verwendungen ansehen. Gegen diese Ansicht tritt Staudinger[62] auf.

Aber schliesslich kommt es nicht auf den Sinn an, den der Gesetzgeber dem Gesetz hat geben wollen, sondern auf eine der fortschreitenden Rechtsentwickelung Rechnung tragende Interpretation desselben.

---

[60]) Vergl. Mot. II, S. 325, § 464.
[61]) II, S. 66, Abs. II.
[62]) II, S. 193 letzt 4. Zeil.

§ 7.

In der Kommissionsberatung für die zweite Lesung war bei Beratung über den § 464 des Entwurfes (§ 450 BGC.) der Antrag gestellt worden, den § 464 zu streichen, mit der Begründung: »Der Umstand, dass der Verkäufer wegen Verschuldens bei Abwehr von Gefahren, die der verkauften Sache drohen, dem Käufer verhaftet sei und deswegen bei gewissen notwendigen Verwendungen mittelbar auch sein eignes Interesse verfolge, werde die Praxis nicht abhalten, die Grundsätze der Geschäftsführung ohne Auftrag zur Anwendung zu bringen.« (Prot. II, S. 65). Diese Ansicht ist aus mehrfachen Gründen zu verwerfen.

Nach den Regeln der Geschäftsführung ohne Auftrag kann der Verkäufer nicht immer volle Befriedigung für seinen oben gewürdigten Verwendungsersatzanspruch erhalten.

Will aber der Verkäufer bei seinem Verwendungsanspruch als negotiorum gestor auftreten, so müssen die Voraussetzungen der Geschäftsführung auch vorliegen.

Nun setzt, wie die Protokolle[63] bemerken, die Geschäftsführung ohne Auftrag voraus, dass die Handlung des Ersatzberechtigten eine freiwillige ist, der Verkäufer handelt aber bei seinen Verwendungen in Erfüllung seiner ihm vertragsmässig obliegenden Aufbewahrungspflicht. Dieses Bedenken ist jedoch nicht schwerwiegender Natur, denn schon für das gemeine Recht hat Kohler[64] nachgewiesen, dass negotiorum gestor auch der ist, qui aliqua necessitate urguente vel necessitatis suspicione gessit (fr. 3 § 10 de neg. gest; vergl. auch lex 18 C 2,13: necessitate compulsum).

[63]) II, S. 66.

[64]) In Iherings Jahrbuch für Dogm. etc 1887, Bd. 25, S. 76.

Auch der Einwurf hat wenig zu bedeuten, dass es sich bei der negotiorum gestio um ein fremdes Geschäft handeln müsse, während doch in der Regel der Verkäufer auf die Kaufsache die fraglichen Verwendungen mache, wenn sie noch seine eigne ist. »Denn für die Vermögensangehörigkeit einer Handlung entscheidet lediglich, das sie nach der Verkehrsauffassung beherrschende wirtschaftliche Interesse, das Interesse, dem sie dient. . . . Fremd ist ein Geschäft, wenn das es beherrschende Interesse ein fremdes ist.«[65]

Wenn auch das Eigentum der Kaufsache noch nicht auf den Käufer übertragen worden ist, so wird sie doch in den meisten Beziehungen als zu seinem Vermögen gehörig betrachtet.[66]

Dagegen ist die von der Mehrheit der Kommission erwogene Frage, ob die Verwendungen des Verkäufers den Anforderungen eines negotium utiliter gestum entsprächen von entscheidender und ausschlaggebender Bedeutung.

Der Geschäftsführer kann nur dann die actio contraria mit Erfolg anstellen, wenn die Geschäftsführung dem Interesse und dem wirklichen oder mutmasslichen Willen des Geschäftsherrn entspricht. So nach BGB. § 683.

Im gemeinen Recht war die actio contraria davon abhängig, dass das Eingreifen in die Geschäfte eines anderen an sich, wie auch die Art und Weise der Geschäftsbesorgung dem wirklichen, nicht blos dem bei Anwendung der gebührenden Sorgfalt erkenntlichen Intentionen des Geschäftsherrn entspricht. (bestritten!).

In wie wenig Fällen würde der Verkäufer beim Verwendungsgeschäft diesen strengen Anforderungen genügen können?

---

[65]) Jsay, S. 65.
[66]) Jsay S. 65.

Was den Willen des Käufers angeht, so würde der Verkäufer in Kollision mit seinen Verwaltungspflichten kommen, wollte er notwendig gewordene Verwendungen unterlassen, weil er annimmt, dass sie durchaus nicht dem Willen des Käufers entsprächen. Er würde sich schadensersatzpflichtig machen, während bei entgegengesetztem Verhalten er keinen Anspruch auf Erstattung der Verwendungen hätte.[68]

Sodann ist noch hervorzuheben, in wie vielen Fällen praktisch sich der Geschäftsführer irren kann, dass das Geschäft auch wirklich dem Interesse des Geschäftsherrn entspricht, und dass dieser unter Leugnung der Utilität des Geschäftes jeden Ersatz ablehnen kann, indem er beispielsweise sagt, die Sache sei ihm im verschlechterten Zustande auch recht gewesen, oder er messe ihr überhaupt keinen Wert bei.

Dann würde nach der vom BGB. abgelehnten Theorie jeder Ersatzanspruch des Verkäufers für gemachte Verwendungen versagen.

Aber selbst beim Vorliegen sämtlicher Voraussetzungen der negotiorum gestio ist praktisch für den Verkäufer schon der Gedanke unerträglich, dass er nicht mit Sicherheit darauf rechnen kann, dass er wirklich als negotiorum gestor auftreten und sich wegen seiner bei der Verwaltung der Sache gemachten Verwendungen beim Käufer erholen kann.

Ferner ist in der Kommissionsberatung[69] darauf hingewiesen worden, dass andererseits die Anwendung der Regeln von der Geschäftsführung ohne Auftrag zu

[68]) Der den Verwendungen entgegenstehende Wille des Geschäftsherrn darf natürlich nicht in dem Sinne aufgefasst werden, dass er zugleich eine Befreiung des Verkäufers von seiner Verwaltungspflicht enthält; dann kann ja von einem Schadenersatz wegen unterlassener Verwendung nicht die Rede sein.

[69]) Prot. II, S. 66.

einer offenbaren Unbilligkeit gegen den Käufer führen würde. § 680 besagt nämlich, dass der Geschäftsführer nur Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten habe, wenn die Geschäftsführung die Abwendung einer dem Geschäftsherrn drohenden dringenden Gefahr bezweckt. »Nach den allgemeinen für den Kaufvertrag geltenden Regeln, von denen abzuweichen, keine Veranlassung vorliege, müsse aber der Verkäufer für jedes Verschulden eintreten, durch welches der Untergang oder die Verschlechterung herbeigeführt wurde.«

Es kann daher der Anspruch des Verkäufers auf Ersatz seiner Verwendungen nicht mit der actio contraria des Geschäftsführers ohne Auftrag identifiziert werden.

Die Regeln der Geschäftsführung ohne Auftrag werden den Interessen beider Parteien in keiner Weise gerecht.

b) Noch viel weniger wäre es billig und gerecht, wollte man den Verkäufer für seinen Ersatzanspruch auf die Regeln der ungerechtfertigten Bereicherung angewiesen sein lassen.

Unter welchen Voraussetzungen ein Verkäufer für seine Verwendungen wegen der ungerechtfertigten Bereicherung des Käufers Ersatz verlangen könnte, erübrigt sich wohl auseinanderzusetzen. Es wird genügen, hier anzuführen, dass ein Fall der gemeinrechtlichen condictio sine causa im engeren Sinne vorliegt. Denn der Grund der ungerechtfertigten Bereicherung liegt darin, dass der Verkäufer bei Übergabe der Kaufsache seine Verwendungen, weil untrennbar damit verbunden, mitübergeben muss.

Aber man berücksichtige nur, dass der Bereicherte in der Regel auch nur mit der Bereicherung haftet, und dass der Käufer, wenn er die Sache übergeben bekommt, durchaus nicht bereichert zu sein braucht. Da

es bei dem Wesen der notwendigen Verwendungen auf ihren tatsächlichen wirtschaftlichen Erfolg garnicht ankommt, so käme der Verkäufer häufig um seinen Ersatzanspruch, wenn z. B. entweder die gemachten notwendigen Verwendungen trotz allem die Gefahr nicht abwehren konnten, oder dieselben nach wirklichem Erfolg durch Untergang etc. der Kaufsache wieder wertlos gemacht würden.

Hinwiederum könnte der Fall möglich sein, dass die vom Verkäufer gemachten Verwendungen um ein bedeutendes an Wert hinter ihrem reellen Erfolg zurückbleiben.

Es widerspricht aber sowohl der rechtlichen Natur des Verwendungsanspruches (s. o.) wie auch der von uns umgrenzten Rechtsstellung des Verkäufers bei diesen Verwendungen, wenn der Käufer omne lucrum der gemachten Verwendungen herausgeben müsste.

Daher wird die Anwendung der Regeln der ungerechtfertigten Bereicherung beim Verwendungsanspruch des Verkäufers für die im bewussten Vertragsstadium geopferten Werte praktisch kaum zur Anwendung kommen.

Hierdurch erklärt sich auch, weshalb Gesetz und Jurisprudenz der ungerechtfertigten Bereicherung beim Verwendungsanspruch des Verkäufers kaum Erwähnung tun.

§ 8.

Es erübrigt sich noch, auf die besondere Eigenart spezieller Kaufverträge für unsere Ausführungen einzugehen.

Fälle, in denen ein ähnlicher Ersatzanspruch des Verkäufers für die von ihm auf die Kaufsache ge-

machten Verwendungen vorkommt, sind beim Wiederkauf und beim Erbschaftskauf gegeben.

Der Anspruch des Käufers auf Ersatz von Verwendungen bei der Wandelungsklage richtet sich nach den allgemeinen Vorschriften vom Rücktritt. Er ist ein regelmässiger, durch die Natur des Kaufvertrages unmittelbar in keiner Weise berührter Anspruch, der unseren Ausführungen fernliegt.

Für die Frage, welche Verwendungen beim Wiederkauf ersetzt werden müssen, ist die juristische Konstruktion des Wiederkaufes von Bedeutung. In dem vor 1900 geltenden Rechte war die rechtliche Natur des Wiederkaufes sehr bestritten und auch das BGB. entscheidet diese Kontroverse nicht. Es begnügt sich mit positiven Bestimmungen.[70]

Theoretisch kann man sich den Wiederkauf denken:

1. als einen unter einer Resolutivbedingung abgeschlossenen Kaufvertrag. (Die ältere gemeinrechtliche Doktrin, vergl. Krohn, S. 17 und die des sächsischen bürgl. Gesetzbuches, vergl. Siebenhaar S. 613.)

2. als einen Kauf mit angehängtem Reuvertrag (pactum displicentiae); dem widerspricht die Vererblichkeit des Wiederkaufsrechtes.

3. als einen perfekten unbedingten Kaufvertrag mit einem Vorvertrag, der gerichtet ist auf Abschluss eines neuen Kaufvertrages über das früher verkaufte Recht. (pactum de retrovendendo; herrschende gemeinrechtliche Ansicht, vergl. die Litteraturangaben bei Krohn, S. 19, Anm. 21). Dem widerspricht u. a., dass der Wiederkauf nicht durch Vertrag, sondern durch einseitige Erklärung des Berechtigten zu stande kommt.

4. als ein unbedingtes Kaufgeschäft mit der Klausel (Bestandteil des Vertrages), dass der Verkäufer das

[70]) Vergl. Mot. II, S. 340.

Recht der »Einlösung« haben solle. (Vergl. Schollmeyer S. 23.)

5. als eine unwiderrufliche Kaufofferte von Seiten des Käufers. (Vergl. Planck II, H. 271).

6. als einen suspensivbedingten Kauf, der an sich von dem ursprünglichen Kauf unabhängig. Dies ist die herrschende moderne Meinung (vergl. Prot. II, S. 84).

Mathiass[71] sagt hierzu: Der Vorbehalt enthält einen unter der aufschiebenden Bedingung, dass der Verkäufer es verlangt, geschlossenen Wiederkauf allerdings mit einer wesentlichen, aber innerlich motivierten Abänderung im Punkte der Gefahr. (Ebenso Örtmann II, S. 217; desgleichen, wenn auch nicht ganz zustimmend, Staudinger II, S. 244.)

Dieser neue Kauf richtet sich grundsätzlich nach allgemein geltenden Regeln.[72]

Es handelt sich natürlich nur um den Wiederkauf nach einem vorher festgesetzten Kaufpreis.

Der Wiederkauf nach dem Schätzungswert kommt hier nicht in Betracht, da der Wiederkäufer durch den zu bestimmenden Kaufpreis sein Interesse vollauf wahren kann.

Bezüglich der Haftung des Wiederverkäufers für den zufälligen Untergang oder eine derartige Verschlechterung der Kaufsache finden wir eine der gemeinrechtlichen Regelung beim bedingten Kauf gleichende Bestimmung.

Für die zufällige Verschlechterung des Kaufobjektes haftet der Wiederverkäufer nicht, selbst nicht durch Minderung des Kaufpreises. Die Bestimmung erklärt sich aus dem Grunde, dass es ja dem Wiederkäufer freisteht, sich vor Schaden zu bewahren, nämlich durch Verzicht auf sein Wiederkaufsrecht (vergl. Mot. II, S. 343).

---

[71]) I, S. 521.
[72]) Motive II, S. 340/341, Dernburg BR. II² S. 101f etc.

Die Gefahr des zufälligen Unterganges trägt insofern der ursprüngliche Käufer, als mit Untergang des Kaufobjektes sein Wiederkaufsrecht erloschen ist. Es giebt also demgemäss keinen Wiederkauf bei zafälligem Untergang der Sache. Im übrigen würde sich der Wiederkaufsberechtigte auch hüten, sein Recht geltend zu machen, da er ja keinen Schadensersatz beanspruchen kann.

Auf demselben Standpunkte steht auch das ALR. I, 11 § 301 (vergl. Krohn S. 97).

Abweichend und sich aus der eigenartigen Natur des Widerkaufes erklärend ist auch die Regelung des Impensenersatzes.

Bezüglich des ALR. vergleiche man man I,11, §§ 306, 307, 303, 305; bezüglich des gemeinen Rechts die widerstreitenden Ansichten an der Hand von Krohn S. 54 ff. Das BGB. regelt diese Frage in § 500. Der Wiederverkäufer kann für Verwendungen, die er auf die gekaufte Sache vor dem Wiederkaufe gemacht hat, in soweit Ersatz verlangen, als der Wert des Gegenstandes durch die Verwendungen erhöht ist.

Berücksichtigt man das Wesen des Wiederkaufs, dass nach einer bestimmten Zeit derselbe Kaufgegenstand gegen einen bestimmten vorher vereinbarten, in dubio ursprünglichen Kaufpreis wiederzurückgekauft wird, so lässt es sich denken, dass bei der ordentlichen Bewirtschaftung und bei dem Einwirken von Zufällen usw. der Kaufpreis selten noch das richtige Äquivalent des Kaufgegenstandes sein kann.

Bei fehlender Bestimmung des § 500 würde es sich der Wiederverkäufer angelegen sein lassen, den Kaufgegenstand nur garnicht durch Verwendungen an Wert zu erhöhen. Das würde aber nicht dem Interesse beider Parteien entsprechen. Denn einerseits würde

ein solch gezwungenes Verhalten dem Wiederverkäufer eine unnötige Hinderung in der Ausübung seines Eigentumsrechtes sein und ihm nicht die volle Ausbeutung und Nutzziehung seiner Sache gestatten; andererseits wäre es dem Wiederkäufer viel lieber und erträglicher, wenn der Wiederverkäufer regelrecht den Kaufgegenstand bewirtschafte, und er ihm dafür eine billige Entschädigung gäbe, als wenn der Wiederverkäufer sich mit seinen Verwendungen vorsichtig und reserviert verhielte.

Daher dient es dem Interesse sowohl des Käufers als auch des Verkäufers, wenn ersterer ohne Rücksicht auf das Wiederkaufsrecht den Kaufgegenstand nach den Regeln einer umsichtigen und gewinnbringenden Wirtschaft verwalten kann und ihm als Ausgleich für seine am Ende dem Verkäufer nur zu Gute kommenden Tätigkeit die Verwendungen bis zu der Höhe ersetzt werden, als durch sie auch der Wert des Gegenstandes erhöht worden ist.

Im einzeln ist zu bemerken:

Für die Zeit der Berechnung der Werterhöhung ist der Zeitpunkt des Wiederkaufes massgebend.[73]

Von den gemachten Verwendungen werden nach herrschender Ansicht die notwendigen Verwendungen nicht ersetzt. Denn diese werden vom Wiederverkäufer im eigene Interesse gemacht.[74] Über die verschiedentliche Begründung siehe Planck und Örtmann a. a. O.

Anderer Ansicht ist Dernburg.[75] Tatsächlich macht das Gesetz keinen Unterschied zwischen notwendigen und nicht notwendigen Verwendungen in § 500, und

[73]) Örtmann II, S. 220; Staudinger II, S. 247.
[74]) Motive II, S. 344; Mathiass I, S. 523; Örtmann II, S. 220; Planck II, S. 273.
[75]) B. K. II², S. 102; ebenso Enneccerus und Lehmann I, S. 552.

da es sich u. E. nach hier nur um einen billigen Ausgleich handelt zwischen dem Kaufpreis und dem Werte des Kaufobjektes, so kommt es auf die Art der Verwendungen und darauf nicht an, in welchem Interesse sie vorwiegend gemacht worden sind. Lediglich der Umstand ist für den Ersatzanspruch bestimmend, dass die Werterhöhung der Kaufsache, die der Wiederverkäufer durch seine Arbeit und seine Verwendungen zu Stande gebracht hat, ungerechtfertigter Weise dem Wiederkäufer zufallen würde, wenn er dem Wiederverkäufer keinen Ersatz zu gewähren brauchte.

Trägt doch auch der Wiederverkäufer das ganze Risiko seiner Verwendungen; sind sie erfolglos und erhöhen sie den Wert der Kaufsache nicht, so hat er diese Kapitalwerte verloren; es ist daher gerecht, dass ihm im entgegengesetzten Falle der Vorteil derselben nach den Grundsätzen über das Verwendungsgeschäft zu Gute kommt.

Natürlich kann der Wiederverkäufer für seine Verwendungen einschliesslich des ihm nach § 256 zustehenden Zinsanspruches nur in Höhe des Mehrwertes Ersatz verlangen. Umgekehrt muss er auch diesen Mehrwert insoweit herausgeben, wenn die Summe seiner Verwendungen nebst Zinsen denselben nicht erreichen.

Auf einem für die Civilrechtspolitik interessanten entgegengesetzten Standpunkte steht Krohn (S. 54 ff.), der anschliessend an Petracycki's Einteilung der Verwendungen gerade die notwendigen Verwendungen ersetzt wissen will und zwar ohne Rücksicht auf die tatsächliche Bereicherung des Wiederkäufers.

Nach Abschluss des Wiederkaufes ist der Kauf unbedingt geworden. Es liegt somit ein ganz regulärer Kaufvertrag vor, der durch den vorherstattgefundenen ursprünglichen Kauf nicht beeinflusst wird. Im allgemeinen wie auch speziell für den Gefahrübergang und

die Pflicht des Käufers zum Ersatz der vom Verkäufer auf die Kaufsache gemachten Verwendungen greifen daher die regelmässigen Bestimmungen vom Kauf Platz.[76]

§ 9.

Eine sachlich sich rechtfertigende Abweichung von den Regeln über die Gefahrtragung beim Kauf liegt auch beim Erbschaftskauf vor.

Es bleibt uns daher noch übrig, auf diese sowie auf die Bestimmung des § 2385 einzugehen, derzufolge der Käufer sogar für die vom Verkäufer vor Abschluss des Erbschaftskaufes gemachten notwendigen Verwendungen haftet, während er für andere Verwendungen vor diesem Zeitpunkte mit der Werterhöhung der Erbschaft zur Zeit des Verkaufes einsteht.

Jedenfalls muss dem Erbschaftsverkäufer für seine nach dem Gefahrübergang aber vor Übergabe auf das Kaufobjekt gemachten Verwendungen auf Grund derselben Rechtslage und aus denselben Billigkeitsgründen wie oben zu § 450 ausgeführt, der Schutz dieses § zugebilligt werden, eine Ansicht, die nicht allgemein anerkannt zu sein scheint,[77] obschon die Motive (II S. 362 zu § 496 letzter Abs.) ausdrücklich darauf hinweisen.

Jedenfalls ist die Schlussfolgerung aus dem Stillschweigen des Gesetzes unrichtig, dass dem Verkäufer, der nach Gefahrübergang aber vor Übergabe der Kaufsache Verwendungen auf dieselbe macht, jeder kontraktliche Ersatzanspruch fehle.

Die Annahme wird schon durch den Hinweis unhaltbar, dass dem Erbschaftsverkäufer schon vor dem Gefahrübergang Ansprüche auf Verwendungsersatz zu stehen.[78]

[76]) vgl. Mot. II, S. 343; Windscheid Pand. II, S. 602; Mathiass I, S. 523; Neumann I, 235, Planck II, S. 273 u. 272.

[77]) vergl. Planck II, S. 240 I; Staudinger S. 193 I.

[78]) Beim Wiederkauf lässt sich dieser Schluss allerdings nicht ziehen, da es sich dort um zwei verschiedene Obligationen handelt.

Dass die Gefahr der Kaufsache schon mit Abschluss des Erbschaftskaufes auf den Käufer übergeht ist, durchaus begründet. Zwar waren die vor 1900 geltenden Rechtssysteme im Gegensatz zum ALR. I, 11 §§ 445ff.[79] und dem bayrischen Entwurf Art. 340 aber in Übereinstimmung mit dem BGB. der Ansicht, dass der Gegenstand des Erbschaftskaufes nicht das Erbrecht an sich, sondern nur die juristische Einheit der zur Erbschaft gehörigen Vermögensgegenstände sei. Jedoch verkennen die Motive (II, S. 352 I) und das BGB. nicht, dass dieser Vertrag doch im engen Zusammenhang mit erbrechtlichen Normen steht und von diesen beeinflusst wird, und dass die obligatorischen Rechte und Pflichten der Parteien nach der Voraussetzung, nicht der Verkäufer sondern der Käufer sei Erbe geworden, sich bestimmen — aus welcher rückwärtswirkenden Voraussetzung mit Fug und Recht, gefolgert werden kann, dass der Käufer, weil er schon für die Vergangenheit als Erbe zu betrachten sei, auch die Gefahr vom Kaufabschlusse an zu tragen habe.

Zudem rechtfertigt sich zum Teil diese Anordnung der Gefahrtragung aus der juristischen Auffassung, dass wohlgemerkt nicht die einzelnen zur Erbschaft gehörigen Vermögensstücke, sondern der einheitliche Inbegriff derselben verkauft ist. In der Kommissionsberatung wurde diese Bestimmung, weil gerecht, nicht beanstandet.[80]

Vielumstritten war bei den legislatorischen Vorarbeiten die Frage, ob dem Erbschaftsverkäufer auch ein Anspruch auf Ersatz für Verwendungen zustehe, die er schon vor Abschluss des Erbschaftskaufes auf die Erbschaft gemacht hat.

---

[79]) Die Motive bezeichnen diese Auffassung als unpraktisch und nicht konsequent durchführbar.

[80]) Prot. II, S. 122.

Gegen den Kommissionsantrag I, der lautete: »Der Käufer hat dem Verkäufer für die vor Schliessung des Kaufes auf die Erbschaft oder auf die einzelnen Erbschaftsstücke gemachten notwendigen und nützlichen Verwendungen Ersatz zu leisten,« wurde im Anschluss an das ALR. von einem Teil der Kommission gemäss Antrag II ein solcher Anspruch überhaupt negiert.[81]

Dem Verkäufer müsse es anheimgestellt werden, sich wegen seiner notwendigen Verwendungen in einem höheren Kaufpreise zu erholen, und auch bezüglich der nützlichen Verwendungen könne dem Käufer kein Ersatz zugemutet werden, weil er nur selten in der Lage sei, sich über den Stand der Erbschaft zur Zeit des Erbfalles zu informieren. Der Verkäufer könne sich ja den Ersatz seiner Verwendungen vorbehalten, wenn er nun unbedingt Ersatz haben wolle.

»Schweige er aber und komme er hinterher mit einem Ersatzanspruche, den der Käufer nicht habe ahnen können, so handele er wider Treu und Glauben.«

Der Antrag III, der überhaupt die ganze Bestimmung des Antrage I streichen wollte, ging von der Auffassung aus, dass bei der Verschiedenheit der in Frage kommenden Erbschaftskäufe insbesondere mit Rücksicht auf die Parteiintention, ob die Erbschaft verkauft werde, wie sie zur Zeit des Abschlusses des Vertrages liegt, oder in dem Zustande, wie sie zur Zeit des Erbfalles sein wird — die Entscheidung über den Verwendungsersatz Tatfrage und ein Resultat des vermutlichen Parteiwillens sei.

Gegen das Unpraktische dieses Antrages können wir die Verhandlungen in der Kommission selbst anführen. Beim Schweigen des Gesetzes würden, wie die Beratung ergeben hat, eine Reihe von Streitfragen

---

[81]) vergl. Prot. II, S. 125.

aufgeworfen werden, und die Folge davon wäre eine Unklarheit und eine Lücke des Gesetzes, die eben der Gesetzgeber vermeiden will.[82]

Gegen die Kommissionsanträge zu II und III lässt sich mit Recht einwenden:

Die gesetzliche Bestimmung ist nur dispositiv mithin kommt sie nicht zur Anwendung, wenn nur der mutmassliche Parteiwille dem entgegensteht. Bei Erbschaftsverkäufen an Dritte aber pflegt, wie auch die Protokolle[83] ausführen, eine gewisse Spekulationsabsicht des Dritten mit im Spiele zu sein. Einigen sich nun die Parteien über den Verwendungsersatz, so braucht sich das Gesetz nicht einzumischen. Fehlt aber jeder Anhaltspunkt, wie die Parteien diese Frage geregelt haben wollten, so muss im Widerstreit der Interessen dem ehrlich verkaufenden Erben der Vorzug vor dem spekulierenden, manchmal auch ausbeutenden Dritten gewährt werden. Ihm müssen in dubio seine Verwendungen ersetzt werden. Gegenüber der arglistigen Verschweigung der gemachten Verwendungen auf Seiten des Verkäufers ist ja der Dritte nach allgemeinen Regeln geschützt. Praktisch bedeutet daher diese gesetzliche Anordnung nur eine Verschiebung der Beweislast zu Gunsten des Käufers.

Die Entscheidung. in welchem Umfange und unter welchen Voraussetzungen dieser Verwendungsersatzanspruch erhoben werden kann, wird uns nach den oben gemachten grundlegenden Ausführungen nicht mehr schwierig sein, wenn wir eine kleine Modifikation derselben, die sich aus der rechtlichen Konstruktion des Erbschaftskaufes ergiebt, vornehmen.

Der Inhalt des Kommissionsantrages I ist nicht zu billigen, wohl aber der des § 2381 BGB.

---

[82]) vergl. Prot. II, S. 126.
[83]) II, S. 125.

Der Erbe macht vor dem Verkauf der Erbschaft seine notwendigen Verwendungen im eignen Interesse; mithin hat er dieselben aus eignem Vermögen zu bestreiten und zu tragen. Nachträglich infolge des Erbschaftsverkaufes stellt sich für ihn heraus, dass er sie nicht im eignen, sondern lediglich im fremden Interesse gemacht hat. Das BGB. stimmt nämlich in § 2375 Abs. II mit den Vorarbeiten darin überein, dass grundsätzlich der Erbschaftsverkäufer wegen Verschlechterung und Untergang der Erbschaftsgegenstände — selbst wenn solche nicht auf Zufall beruhen — nicht haftbar wird.[84] Der Grund ist der: Der Käufer muss die Erbschaft annehmen, wie sie liegt (vergl. lex 2 § 1 D. 18,4). Es kann nicht gebilligt werden, dass der Erbe, der für die Zeit, wo er bezüglich der Erbschaft noch nicht obligatorisch verpflichtet ist, über sein Eigentum frei schalten und walten darf, nachher Rechenschaft über seine Wirtschaft ablegen soll. Es ist Sache des Käufers sich über den Stand des Kaufobjektes nach allen Richtungen hin zu vergewissern. Gegen Arglist bleibt auch hier der Käufer geschützt.

Folgerichtig hat der Verkäufer für seine auch schon vor Gefahrübergang und Kaufabschluss gemachten Verwendungen einen billigen, dem in § 450 ähnlichen Ersatzanspruch. Analoge Anwendung des Auftrages und eventuell der Geschäftsführung ohne Auftrag ist aber, wie leicht man dazu übergehen möchte, sowohl aus dem eben angegebenen Grunde wie auch deshalb unmöglich, weil vor dem Verkaufe der Verkäufer überhaupt nicht weiss, wer sein fingierter Auftraggeber sein soll.

Es ist daher eine selbständige Regelung dieses Anspruches erforderlich, den § 2381 BGB. billigerweise

---

[84]) vergl. Mot. II, S. 358, Prot. II S. 118.

an Umfang dergestalt feststellt, dass der Käufer dem Verkäufer die notwendigen Verwendungen zu ersetzen hat, die dieser vor Verkauf auf die Erbschaft gemacht hat. Insoweit die nicht notwendigen Verwendungen in Betracht kommen, trifft § 2381 Abs. 2 eine von § 450 Abs. 2 unabhängige Bestimmung. Sie muss der Verkäufer in dem Masse ersetzen, als durch sie der Wert der Erbschaft zur Zeit des Verkaufes erhöht ist. Dadurch kann der Erbschaftskäufer in keiner Weise geschädigt werden; denn auch hier muss die dispositive Natur des § 2381 betont werden. Er soll den Parteiwillen in diesem Punkte nach Recht und Billigkeit ergänzen und ersetzen.

Grundriss.

§ 1. Begriff und Einteilung der Verwendungen.
§ 2. Allgemeiner Inhalt eines Ersatzanspruches für Verwendungen.
§ 3. Abgrenzung des Themas.
§ 4. Einleitende Bemerkungen:
  a. Die Haftung des Käufers aus dem Kaufe für Verwendungen des Verkäufers ist im allgemeinen dieselbe wie in jedem gegenseitigen Vertrage; im einzelnen bedingt die eigenartige Haftung des Verkäufers für Zufall eine besondere Regelung seines Anspruches auf Ersatz von Verwendungen, die er zur Abwehr eines Zufalls macht.
  b. Arten der Haftung für Zufall.
  c. Wer muss Verwendungen aus eignem Vermögen zur Abwehr eines Zufalls machen, wer muss sie tragen oder ersetzen?
§ 5. Gefahrtragung und Gefahrübergang:
  a. allgemeine Grundsätze,
  b. beim Kauf,
    α. Das römisch-rechtliche Prinzip;
    β. Das deutsch-rechtliche Prinzip,
    γ. Ausnahmefälle.
§ 6. Inwieweit werden durch den Gefahrübergang vor vollständiger Liberierung des Schuldners dessen sonstige Verpflichtungen berührt?

a. Begründung des Anspruches auf Verwendungsersatz.
α. bei gegenseitigen Verträgen allgemein: im Falle des Gläubigerverzuges,
β. beim Kauf.
b. Rechtsstellung der Parteien beim Verwendungsgeschäft.
§ 7. Vergleich des Verwendungsanspruches des Verkäufers mit dem
a. eines negotiorum gestors,
b. eines Condiktionsberechtigen.
§ 8. Haftung des Käufers für die vom Verkäufer auf die Kaufsache gemachten Verwendungen beim Wiederverkauf.
§ 9. Die gleiche Haftung des Käufers beim Erbschaftskauf.

Literaturverzeichnis.

1. *Baron*, Pandekten, Leipzig 1900.
2. *Cosack*, Lehrbuch des bürgerlichen Rechtes, Jena 1899/1900.
3. *Dernburg*, das bürgerliche Recht des deutschen Reiches und Preussens, Halle 1901, Bd. I, II. 1 und 2, III.
4. *Dernburg*, Lehrbuch des Preussischen Privatrechts etc., Halle 1888.
5. *Emerich*, Kauf- und Werklieferungsvertrag nach dem bürgerlichen Gesetzbuch, Jena 1893.
6. *Endemann*, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Berlin 1899, Bd. I.
7. *Enneccerus und Lehmann*, das bürgerliche Rechts, Marburg 1900, Bd. I.
8. *Förster*, Preussisches Privatrecht 1896, Bd. II.
9. *Gradewitz*, Wortverzeichnis des BGB. Berlin 1902.
10. *Grote*, die Unterscheidung von notwendigen und nützlichen Geschäften bei der freiwilligen Geschäftsführung 1899.
11. *Hirsch*, zur Revision der Lehre vom Gläubigerverzuge 1895.
12. *Isay*, die Geschäftsführung nach dem bürgerlichen Gesetzbuche für das deutsche Reich 1900.
12. *Ihering*, Jahrbücher für Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, Bd. 17 und 25.

14. *Kohler*, im Archiv für bürgerliches Recht, Berlin 1900, Bd. 13.
15. *Kuhlenbeck*, von den Pandekten zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Berlin 1900.
16. *Krohn*, der Wiederkauf nach gemeinem und preussischem Recht, Greifswald 1899.
17. *v. Liszt*, die Grenzgebiete zwischen Privatrecht und Strafrecht. Kriminalistische Bedenken gegen den Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich, Berlin und Leipzig 1889.
18. *Mommsen*, Beiträge zum Obligationenrecht 1855, Bd. II. Zur Lehre vom Interesse, Bd. III. Die Lehre von der mora.
19. Motive zu dem Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich, Bd. II u. III.
20. *Mathiass*, Lehrbuch des bürgerlichen Gesetzbuches, Berlin 3. Aufl. 1900, Bd. I und II.
21. *Neumann*, Handausgabe des bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich unter Berücksichtigung der sonstigen Reichsgesetze, Berlin 1899, Bd. I.
22. *Örtmann*, Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, Berlin 1899/1900, Bd. II und V.
23. *Planck*, Bürgerliches Gesetzbuch, Berlin 1900, Bd. II.
24. Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches, Bd. II.
25. *Ramm*, der Quasikontrakt nach den Quellen und sein Wert für Wissenschaft und Gesetzgebung.
26. *Richter*, Rechte des Geschäftsführers ohne Auftrag gegen den Geschäftsherrn (actio negotiorum gestorum contraria) nach dem bürgerlichen Gesetzbuch 1901.
27. *Rudolph*, die Ansprüche des redlichen Besitzers wegen seiner vor der lit. cont. gemachten Verwendungen, Greifswald 1901.

28. *Scherer*, Recht der Schuldverhältnisse Heft 1—5.
29. *Schmidt*, der Verwendungsanspruch des Besitzers, Göttingen 1896.
30. *Schollmeyer*, das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse im bürgerlichen Gesetzbuch für das deutsche Reich, Berlin 1897.
31. *Simon*, die Geltendmachung des Verwendungsanspruchs, Erlangen 1897.
32. *Stammler*, das Recht des bürgerlichen Gesetzbuches in Einzeldarstellungen, Bd. V. 1897.
33. *Stassen*, Ansprüche des Besitzers wegen Verwendungen, Erlangen 1898.
34. *Steinbach*, die Ansprüche wegen Verwendungen nach dem Rechte des BGB., Erlangen 1897.
35. *Strohal*, das deutsche Erbrecht auf Grundlage des bürgerlichen Gesetzbuches, Berlin 1901.
36. *Staudinger*, Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch für das deutsche Reich, München Bd. II.
37. *Siebenhaar*, Lehrbuch des sächsischen Privatrechts, Leipzig 1872.
38. *Wachsner*, Voraussetzungen und Wirkungen der mora creditoris nach gemeinem Recht und dem bürgerlichen Gesetzbuch 1900.
39. *Weidemann*, Verwendungsbegriff und Verwendungsklage 1900.
40. *v. Wangerow*, Lehrbuch der Pandekten 1869, Bd. III.
41. *v. Wening-Ingenheim*, die Lehre vom Schadensersatze 1841.
42. *Wertheimer*, der Erschaftskauf nach dem bürgerlichen Gesetzbuch, Kaiserslautern 1898.
43. *Weseler*, des ius tollendi des Besitzers im System der Verwendungsansprüche nach gemeinem Recht und dem BGB., Greifswald 1899.
44. *Windscheid*, Lehrbuch des Pandektenrechts. Frankfurt a. M. 1900.